



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS**

**PEDRO JOÃO VALDEZ MATTEI**

**A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO 169 DA  
OIT, A OMISSÃO CONSTITUCIONAL E OS POVOS  
INDÍGENAS E TRIBAIS.**

**BRASÍLIA**

**2015**

**PEDRO JOÃO VALDEZ MATTEI**

**A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO 169 DA  
OIT, A OMISSÃO CONSTITUCIONAL E OS POVOS  
INDÍGENAS E TRIBAIS.**

Monografia apresentada como requisito para a  
conclusão da graduação em Direito pela Faculdade  
de Ciências Jurídicas e Sociais do Uniceub.

Orientador: Me. Rodrigo Augusto Lima de  
Medeiros

**BRASÍLIA**

**2015**

**PEDRO JOÃO VALDEZ MATTEI**

**A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO 169 DA OIT, A OMISSÃO  
CONSTITUCIONAL E OS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS.**

Monografia apresentada como requisito para a  
conclusão da graduação em Direito pela Faculdade  
de Ciências Jurídicas e Sociais do Uniceub.

Orientador: Me. Rodrigo Augusto Lima de  
Medeiros.

**BRASÍLIA, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Orientador Me. Rodrigo Augusto Lima de Medeiros**

---

**Prof. Examinador Me. Renato Zerbini Ribeiro Leão**

---

**Prof. Examinador Me. Rudhra Gallina**

Dedico este trabalho aos meus pais, Suzana e Nelson por sempre terem me estimulado à obter o máximo de conhecimento possível aliado ao senso crítico necessário para adquirir uma postura ética diante de nossa sociedade. Ao meu recém falecido avô Valdez, por ser o maior exemplo de quão importante é o respeito pela natureza e por aqueles que dela dependem para sobreviver. Ao meu orientador Professor Rodrigo Augusto Medeiros, por me instruir e orientar em minha primeira pesquisa científica.

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo identificar a não observância dos termos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, ratificado pelo Estado brasileiro, frente a disposição constitucional sobre a questão indígena. Esta análise se utiliza de pesquisa bibliográfica, de sistematização de leis e de levantamento jurisprudencial. Os direitos indígenas constitucionais e a constitucionalização de tratado internacional têm sido constantemente violados ao longo de nossa jurisdição e território nacional, sendo a não regulamentação da Convenção 169 e a não efetividade da Constituição Federal de 1988 corroboram para o desrespeito aos Direitos dos povos indígenas, bem como a violação às ordens jurídicas internacional e interna.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Direitos Indígenas. Comunidades Tradicionais. Direito Ambiental. Tratados Internacionais. Direito Constitucional. Direitos Humanos.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 DIREITO DOS TRATADOS.....</b>	<b>11</b>
<b>1.1 A Convenção de viena.....</b>	<b>12</b>
1.1.1 <i>Conceito de tratado.....</i>	<i>13</i>
<b>1.2 Processo de formação dos tratados.....</b>	<b>15</b>
<b>1.3 Celebração dos tratados.....</b>	<b>16</b>
1.3.1 <i>As negociações.....</i>	<i>17</i>
1.3.2 <i>A assinatura.....</i>	<i>18</i>
1.3.3 <i>A ratificação.....</i>	<i>18</i>
<b>1.4 Entrada em vigor.....</b>	<b>19</b>
<b>2 O DIREITO CONSTITUCIONAL INDÍGENA E OS TRATADOS AMBIENTAIS.....</b>	<b>21</b>
<b>2.1 Das disposições Constitucionais.....</b>	<b>22</b>
<b>2.2 Conferência de Estocolmo.....</b>	<b>28</b>
<b>2.3 Rio 92.....</b>	<b>31</b>
2.3.1 <i>Agenda 21.....</i>	<i>34</i>
<b>3 A SITUAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS E A OIT 169.....</b>	<b>36</b>
<b>3.1 As origens da doutrina da tutela no direito internacional.....</b>	<b>37</b>
<b>3.2 A mobilização indígena no direito internacional.....</b>	<b>38</b>
<b>3.3 A mobilização do método de integração da OIT.....</b>	<b>39</b>
<b>3.4 Os mecanismos de supervisão da OIT.....</b>	<b>40</b>
<b>3.5 A ratificação da convenção 169 da OIT.....</b>	<b>41</b>
<b>3.6 A hierarquia da convenção 169 no Brasil.....</b>	<b>42</b>
<b>3.7 Os Sujeitos da convenção 169 da OIT.....</b>	<b>45</b>
<b>3.8 Consulta prévia.....</b>	<b>48</b>
3.8.1 <i>A consulta na constituição brasileira.....</i>	<i>49</i>

<i>3.8.2 O dever de oferecer condições propícias de diálogo e a questão do consentimento.....</i>	<i>51</i>
<b>3.9 A legislação quilombola.....</b>	<b>53</b>
<b>3.10 O projeto de lei sobre mineração em terras indígenas.....</b>	<b>53</b>
<b>3.11 A regulamentação da OIT 169 no ordenamento jurídico brasileiro.....</b>	<b>54</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>63</b>

## INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje, percebe-se a real necessidade de aproximação do direito internacional com a ordem jurídica interna dos Estados Soberanos. Desde o ocorrido nas grandes guerras mundiais, houve uma mudança no cenário desagregador que permeou aquela sombria época, dando lugar às relações diplomáticas, a fim de garantir a segurança e estabilidade entre as relações das mais diversas ordens, seja econômica, política, social, jurídica etc.

Diante deste panorama houve uma evolução histórica na doutrina que regia o direito das gentes “jus cogens”, transformando e solidificando as relações entre os Estados. Esta evolução ocorreu não apenas pela prática usual utilizada pelo Direito Internacional, mas também pela criação de organismos internacionais detentores de responsabilidades fundamentais para a construção de um novo caminho a ser traçado pela espécie humana, como exemplo disso, a Organização das Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho.

As relações internacionais ocorrem basicamente através de acordos, celebrados por sujeitos de Direito no âmbito internacional, ou seja, aqueles que detêm capacidade jurídica para tal prática. Os acordos internacionais podem ter diversas denominações, e para que tenha validade, não importa a nomenclatura utilizada. O importante é que os tratados internacionais atendam aos ditames da Convenção de Viena, editado em 1969 e que passou a regular as obrigações e deveres entre os sujeitos de direito internacional.

Os tratados internacionais delimitaram-se como norma internacional abrangente e tem papel fundamental na evolução do Direito Internacional pois configuram a prática reiterada dos Países que pretendem manifestar sua vontade e aderir a algum acordo proposto, seja por um Estado Soberano ou por uma Organização Internacional.

Essa Convenção é de tamanha relevância. Hoje ela está prevista na grande maioria das Constituições de países democráticos, como instrumento de negociação internacional. As normas contidas nesta convenção tipificam a forma pela qual deverá ocorrer os acordos internacionais, podendo versar sobre matéria que for de maior interesse aos países contratantes ou aderentes.



Na esteira da evolução do Direito Internacional, os interesses humanos muitas das vezes convergiam para um mesmo tema, não importando sua natureza. Desde o século XX, observa-se uma crescente preocupação para com o meio ambiente pela comunidade internacional. Obviamente, para que um Estado manifeste internacionalmente seu interesse em defesa ao meio ambiente, é certo que exista um acúmulo de esforços nacionais para manter sua ecologia equilibrada e sadia.

Mas nem sempre foi assim, tanto é que catástrofes naturais ocorreram em diversas partes do globo em função da ação humana desmedida. Diante destes fatos, a comunidade internacional se viu em situação de alarde e reconheceu que o meio ambiente merecia maior atenção e proteção, com o intuito de evitar um colapso mundial e possível extinção da raça humana. Para isso houve a realização de uma conferência na Suécia em 1972, onde se editou a Declaração de Estocolmo, também conhecida como Convenção Internacional sobre o Meio Ambiente Humano.

Sucessivas convenções ocorreram ao longo dos anos, dando sequência à tentativa de preservar de maneira mais eficaz a natureza e permitir às gerações presentes e futuras desfrutar de um meio ambiente equilibrado e uma qualidade de vida mais sadia. Exemplo disso é a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, celebrada na cidade do Rio de Janeiro.

Assim como o meio ambiente, tem crescido a preocupação com a tutela dos direitos inerentes à condição humana com o passar dos anos, principalmente com o pós-guerra, e a comunidade internacional tem papel fundamental para a criação e efetivação desses direitos. Inegável a estreita relação entre o direito ao meio ambiente equilibrado e a condição humana.

O presente estudo, no entanto, visa analisar a aplicabilidade da Convenção 169 da OIT, tratado internacional ratificado pelo Estado brasileiro. Este tratado, realizado no seio da Organização Internacional do Trabalho, tem como intuito, a proteção dos direitos dos povos indígenas e tribais. Esta convenção foi ratificada e incorporada à legislação interna brasileira sob forma do Decreto nº. 5.051/2004.

Para que se verifique a aplicabilidade deste tratado, é necessário que se faça um confronto analítico com as normas internas brasileiras. A Constituição Federal em seu capítulo VII trata a questão indígena em seus artigos 231 e 232, bem como a competência para legislar sobre o assunto, segundo disposto no artigo 20, inciso XI.

A Constituição Federal trata a questão indígena em sua integralidade, portanto, o presente trabalho abordará a interpretação destas disposições constitucionais. Quanto a OIT 169, não basta uma análise pura e simples de seu teor, no entanto, será abordado sua forma de aplicação e se está, de fato, sendo respeitada e cumprida pelo Estado Brasileiro.

O último capítulo analisará os termos da C169 à luz do direito Constitucional brasileiro e da doutrina de direito internacional de modo a verificar se os direitos dos povos indígenas e tribais estão sendo respeitados segundo o ordenamento jurídico brasileiro e se o Estado proporciona meios para que este tratado possua eficácia, uma vez que está vigente em nosso direito há aproximadamente 11 anos.

## 1 DIREITO DOS TRATADOS

Desde a antiguidade, historicamente, foram os princípios consuetudinários do livre consentimento, da boa-fé dos contratantes e da norma *pacta sunt servanda*, universalmente reconhecidos que regeram os tratados internacionais. Contudo a partir de 1815, por força da intensificação da solidariedade internacional, começou a operar-se uma fundamental modificação no cenário internacional, consubstanciada no aparecimento dos tratados multilaterais e no surgimento das organizações internacionais permanentes. Os tratados bilaterais, a partir do século XIX, passaram a ser definitivamente substituídos por um ato multilateral único.

Levando-se em consideração o papel fundamental que os tratados vinham desempenhando na história das relações internacionais, e reconhecendo a importância cada vez maior desses instrumentos como fonte de direito internacional, vislumbrou-se a necessidade de criação de uma codificação, declaratória de direito internacional, onde ficasse bem assentado tudo quanto fosse pertinente ao Direito dos Tratados, entendendo-se como tal o direito que “permeia todo o conjunto do ordenamento jurídico internacional e sedimenta as bases da estrutura na qual operam as normas internacionais”.<sup>1</sup>

Para a consecução dos propósitos contidos na carta das Nações Unidas, consistentes em manter a paz e a segurança internacionais, fomentar entre as Nações as relações de amizade e realizar a cooperação internacional, surgiu a necessidade de se codificar o Direito dos Tratados.

Para isso, no entanto, era necessário não perder de vista os princípios de direito internacional incorporados na Carta das Nações Unidas, tais como os princípios da igualdade de direitos, da livre determinação dos povos, da igualdade soberana e da independência de todos os Estados, da não intervenção nos assuntos internos dos Estados, da proibição da ameaça ou uso da força, do respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos e da efetividade de tais direitos e liberdades.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 260.

<sup>2</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 38.

## 1.1 A convenção de viena

Esta codificação é resultado de vinte anos de trabalhos realizados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Sua adoção ocorreu em 23 de maio de 1969, sendo que seu texto passou a vigorar, internacionalmente, apenas em 27 de janeiro de 1980, quando, nos termos do seu artigo 84, atingiu-se o quorum mínimo de trinta e cinco Estados-partes.

A Convenção de Viena<sup>3</sup> é um dos mais importantes documentos concluídos na história do direito internacional público, pois não se limitou apenas em codificar regras gerais referentes aos tratados concluídos entre os Estados, mas também preocupou-se em regular todo o tipo de desenvolvimento progressivo daquelas matérias ainda não consolidadas.<sup>4</sup>

A Convenção de Viena reconheceu algumas regras basilares de direito Internacional, como por exemplo, a regra *pacta sunt servanda* (art.26) onde, o que foi pactuado pelo Estado aderente, não poderá ser descumprido. Segundo as palavras de Paollo Barile, Enzo Cheli e Stefano Grassi: “O direito interno não pode legitimar a não execução de um tratado”.

Além dessa regra, há também a cláusula *rebus sic stantibus*, que permite a denúncia de um tratado quando passa a existir uma mudança fundamental nas circunstâncias que tenha ocorrido em relação àquelas existentes no tempo da estipulação do mesmo (art. 62).

Característica importante da Convenção de Viena é que esta se reveste de autoridade jurídica, mesmo para aqueles Estados que não são signatários, em virtude de ser ela aceita como “declaratória de direito internacional geral” onde se expressa direito consuetudinário, consubstanciado na prática reiterada dos Estados no que diz respeito à matéria nela contida.<sup>5</sup>

Sobre a aplicabilidade da Convenção de Viena, manifestou-se Valério de Oliveira Mazzuoli:

Em linhas gerais, pode-se dizer que o Direito dos Tratados regula: a forma como negociam as partes; quais os órgãos encarregados de tal negociação, qual o gênero dos textos produzidos; a forma de assegurar a autenticidade do texto; como as partes manifestam o seu consentimento em obrigar-se pelo acordo; a

---

<sup>3</sup> ONU, *Convenção de Viena*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>. Acesso em: 08. Abr. 2015.

<sup>4</sup> BARILE, CHELI, GRASSI apud. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2001. p. 31.

<sup>5</sup> BURGENTHAL apud MAZZUOLI, *Tratados internacionais*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2001. p. 79.

forma de entrada em vigor do compromisso firmado; quais os efeitos que tal compromisso produz sobre os pactuantes ou sobre terceiros; e a forma de duração, alteração e término dos atos internacionais.<sup>6</sup>

Na convenção de Viena a capacidade para celebrar tratados cabia apenas aos Estados Soberanos, como sujeitos de direito internacional, porém, em 1986, houve sua complementação ao incluir as Organizações Internacionais como detentoras do direito de estabelecer tratados internacionais, através da Convenção sobre o direito dos tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais.

O texto da Convenção de Viena foi recebido pelo Estado Brasileiro e encaminhado pelo poder executivo à apreciação do Congresso Nacional em 22 de abril de 1992. O Congresso Nacional aprovou o texto da convenção em 17 de julho de 2009 através do decreto legislativo nº496 e depositou o instrumento de ratificação da referida convenção junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 25 de setembro de 2009, com ressalvas aos artigos 25 e 66 do texto legal. A convenção de Viena incorporou-se à legislação brasileira através do decreto presidencial nº 7.030 e entrou em vigor em 14 de dezembro de 2009.

### 1.1.1 Conceito de tratado

Uma das primeiras preocupações da Convenção de Viena, foi definir precisamente o que se entende por tratado internacional. Essa definição encontra-se no artigo 2º, inciso I, letra “a” da convenção: “tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular”.

Segundo José Francisco Rezek<sup>7</sup>, o conceito de tratados internacionais, se dá, como sendo “um acordo formal concluído entre os sujeitos de direito internacional público, regido pelo *direito das gentes* (jus cogens), visando a produzir imprescindivelmente *efeitos jurídicos* para as partes contratantes.

Ao analisar a definição dada pela Convenção de Viena aos tratados internacionais, extrai-se os seguintes elementos essenciais que configuram-nos:

<sup>6</sup> BURGENTHAL apud MAZZUOLI, *Tratados internacionais*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2001. p. 79.

<sup>7</sup> REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*: Curso Elementar, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996., p. 14

*Acordo Internacional* : O livre consentimento das nações é o princípio que rege o direito internacional, portanto o tratado internacional é a sua principal fonte. Se não há a convergência de vontades entre os Estados, não há acordo internacionalmente válido. Os tratados internacionais equiparam-se aos contratos de direito interno, onde para a sua conclusão, as partes do contrato estabelecem direitos e deveres mútuos. A livre manifestação do consentimento de dois ou mais Estados, destinada a produzir efeitos jurídicos, expressa-se de modo a se tornar um ato jurídico internacional. Segundo José Francisco Rezek: “A produção de efeitos de direito é essencial ao tratado, que não pode ser visto senão na sua dupla qualidade de *ato jurídico* e de *norma*”.<sup>8</sup>

*Celebrado por escrito*: Os tratados internacionais são acordos formais e essa é sua principal característica, diferentemente dos costumes, que levava consigo como principal característica histórica e marcante, a oralidade. É necessário que o acordo entre os sujeitos de direito seja escrita, para que fique consignado o teor de suas negociações.

*Concluído pelos Estados*: Os tratados, como ato jurídico internacional, podem apenas ser celebrados por entes capazes de assumir direitos e obrigações no âmbito externo, sejam eles Estados soberanos ou Organizações Internacionais. Estados não independentes não gozam dessa capacidade. No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 é expressa em seu art. 21, I ao admitir que cabe exclusivamente à União “manter relações com Estados estrangeiros e participar de Organizações Internacionais”.<sup>9</sup>

Por acordo concluído, deve-se entender como acordo negociado. Significa tão somente que as negociações chegaram ao seu fim. Para que produza efeitos, o acordo concluído haverá de passar pela aprovação do Congresso Nacional e posterior ratificação do Presidente da República, até que entrará em vigor, passada a *vacatio legis*.

*Celebrado em instrumento único ou em dois ou mais instrumentos conexos*: É possível que além do tratado principal exista outros que o acompanhem e o complementem, como exemplo dos protocolos adicionais e dos anexos que, via de regra são produzidos no mesmo instante à produção do principal.

---

<sup>8</sup> REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996., p. 17

<sup>9</sup> BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da república federeativa do brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08. Abr. 2015.

*Ausência de denominação particular:* A Convenção de Viena de 1969 deixa bem claro que a palavra *tratado* se refere a um acordo regido pelo direito internacional, qualquer que seja sua denominação particular. É dizer, *tratado* é expressão genérica, variando as denominações utilizadas conforme a sua forma, seu conteúdo, seu objeto ou o seu fim.<sup>10</sup> O que importa saber para a existência de um tratado, assim, é se preenche ele os seus requisitos ou elementos essenciais, acima explicitados.

Dentre a multiplicidade de termos usualmente utilizados para se referir aos tratados internacionais, temos: tratado, convenção, declaração, carta, protocolo, ato, pacto, acordo, acordo por troca de notas, acordos executivos, *modus vivendi*, arranjo, concordata, reversais ou notas reversais, ajuste ou acordo complementar, convênio, compromisso, contrato.

Eis o que dá forma e configura os tratados internacionais, ao se levar em consideração o disposto na Convenção de Viena de 1969, juntamente com a Convenção realizada no mesmo local no ano de 1986.

## **1.2 Processo de formação dos tratados**

Os tratados e convenções internacionais, por serem um acordo celebrado entre duas ou mais partes, constituem-se de atos solenes, portanto, passam por um processo de formação, que imprescindivelmente requer observância de uma série de formalidades, distintas e sucessivas para que em dado momento entrem em vigor e gerem efeitos.

São quatro as fases pela qual têm de passar os tratados até sua conclusão: *a)* a das negociações preliminares; *b)* a da assinatura ou adoção, pelo poder Executivo; *c)* a da aprovação parlamentar (*referendum*) por parte de cada Estado interessado em se tornar parte do tratado; e, por fim, *d)* a da ratificação ou adesão do texto convencional, concluída com a troca de instrumentos que a consubstanciam.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2001. p. 31.

<sup>11</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2001. p. 31

Esta última formalidade, como explica Marotta Rangel, tem a finalidade de vincular juridicamente os signatários, de tal sorte que, a partir dela, deve o tratado internacional ser observado estritamente nos limites de seus termos, pelas partes contratantes.<sup>12</sup>

Importante ressaltar que até que o tratado seja ratificado, todos os direitos e deveres expressos no ato internacional, ficam restritos às relações mútuas dos contratantes, não tendo se incorporado, ainda no ordenamento jurídico interno desses mesmo Estados.<sup>13</sup>

No caso do Brasil, o tratado é promulgado por decreto presidencial e publicado no Diário Oficial da União, após a sua ratificação, para que possa ter aplicabilidade e excutoriedade internas.

Para Mitrô Fraga, o tratado internacional, regularmente concluído:

é uma fonte de direito, expressamente prevista na Constituição, produzida com a colaboração externa, ao lado, ao lado de outras, emanadas, apenas de órgãos internos. A sua promulgação é consequência desse fato constatado e, ao contrário do que se pensa, não é, apenas, prática que se estabeleceu, mas exigência constitucional implícita. Não tem o efeito de transforma-lo em direito interno, mas tão só o de conferir-lhe força executória. Ao aplicar a norma convencional, o Poder Judiciário aplica o próprio tratado (Direito Internacional) e não o direito nacional (o produzido, apenas, pelos órgãos internos) em que, supostamente se tenha transformado por via do decreto de promulgação.<sup>14</sup>

### 1.3 Celebração dos tratados

A Convenção de Viena tomou a providência de regulamentar os requisitos para a conclusão e entrada em vigor dos tratados. Dessa forma, para que um tratado seja considerado válido é necessário que as partes contratantes (Estados ou Organizações Internacionais) sejam capazes para tal, que os seus agentes signatários estejam legalmente habilitados (possuir carta de plenos poderes assinada pelo Chefe do Executivo e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores), que haja mútuo consentimento (que se revela no livre direito de opção do Estado, manifestado em documentação expressa), e que o seu objeto seja lícito e possível (a promessa de uma prestação de caráter absoluto, amoral ou irrealizável, é incapaz de formar um vínculo jurídico).

<sup>12</sup> RANGEL apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2001. p. 31.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> FRAGA, Mitrô. *O conflito entre o tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 127.



Conforme leciona Valério de Oliveira Mazzuoli sobre a capacidade de celebração de tratados internacionais:

Segundo a Convenção (art.6º), todos os Estados têm capacidade para celebrar tratados, devendo ele porém, na realização de negociações junto ao governo de país estrangeiro, atuar através de seus representantes, devidamente autorizados a praticar atos internacionais em seu nome (plenipotenciários – detentores de plenos poderes), à exceção daquelas pessoas que em virtude do cargo que ocupam estão dispensadas de tal autorização (os Chefes de Estado, os Chefes de Governo e o Ministro das Relações Exteriores).<sup>15</sup>

No Estado brasileiro, a capacidade para celebrar tratados é exclusiva do Presidente da República, segundo o artigo 84, inciso VII da Constituição Federal de 1988. Compete ao chefe do Poder Executivo, ratificar o tratado internacional após ter este passado sob o crivo do Congresso Nacional, e avalizado por decreto legislativo. Apesar da competência privativa do Presidente da República, é possível haja delegação desta competência, como anteriormente dito, pelo fato de o Presidente ter outras funções além de celebrar de tratados.

Normalmente, esta competência é delegada ao Ministro das Relações Exteriores ou aos Chefes de Missão Diplomática, atuando como verdadeiros “auxiliares” do Presidente da República. Entretanto, não tem essa capacidade os Estados Federados, por carecerem de personalidade jurídica internacional, nem tampouco, as empresas privadas, apesar de sua possível e eventual multinacionalidade.

### *1.3.1 As negociações*

Constituem-se como forma de início de celebração dos tratados os atos de negociação, conclusão e assinatura. Toda negociação de ato internacional, no Brasil, deve ser acompanhado por agente do Ministério das Relações Exteriores, conforme disposição contida no artigo 1º, inciso III, do anexo I, do Decreto n. 7.304/10<sup>16</sup>, que aprova a estrutura regimental e indica a natureza e a competência do Ministério das Relações Exteriores..

No intuito de facilitar as tratativas entre estados que não possuem a mesma língua nacional, quanto aos tratados bilaterais, será definido uma terceira língua, cômoda aos dois

<sup>15</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2001. p. 33.

<sup>16</sup> BRASIL. *Decreto nº 7.304 de 22 de setembro de 2010*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7304.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7304.htm)>. Acesso em: 08. Abr. 2015.

países. Já no caso de tratados multilaterais, a Convenção poderá ocorrer na sede de uma Organização Internacional, ou, então, em um país que se proponha a receber os representantes estrangeiros, bem como a realização da Conferência Internacional. Neste caso, o procedimento será revestido da mais alta rigidez e complexidade, obedecendo as regras de um regulamento interno e adotando-se um ou mais dos cinco idiomas oficiais, admitidos pela ONU<sup>17</sup>.

As regras a serem seguidas durante as negociações dependerão do número de partes contratantes, para que sejam fixadas. O local que receberá a negociação dos tratados multilaterais, será determinado em função do país que convoca a conferência. Se vários forem os estados proponentes da conferência, poderá ocorrer tanto no seio de uma organização Internacional ou, então, no território daquele que se ofereça como anfitrião.

### *1.3.2 A assinatura*

Assim que as partes contratantes estão de acordo com o teor do texto que compõe o instrumento internacional, procede-se à assinatura, que significa apenas o aceite dos termos ali propostos, momento no qual ainda não há qualquer vínculo jurídico entre as partes. Constitui um ato meramente formal, quanto ao seu procedimento.

É com a assinatura que se encerram as negociações do teor do tratado, e se expressa o consentimento do Estado aderente quanto ao compromisso que futuramente gerará efeitos jurídicos. Daí em diante, é vedado qualquer forma de alteração no texto do instrumento internacional, sendo permitido apenas reservas ao mesmo.

No Brasil, “qualquer autoridade, segundo a prática do Ministério das Relações Exteriores, pode assinar um ato internacional, desde que possua carta de plenos poderes, firmada pelo Presidente da República e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores”, conforme leciona Mazzuoli (2001).

---

<sup>17</sup> RODAS, João Grandino. *Alguns problemas de direitos dos tratados, relacionados com o direito constitucional, à luz da Convenção de Viena*. apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2001.

### 1.3.3 A ratificação

Passado o momento da assinatura do tratado, este é submetido, de acordo com a legislação brasileira, à apreciação do Congresso Nacional. Esta formalidade é necessária antes da apreciação do tratado pelo Chefe do poder executivo e sua eventual ratificação.

Caso seja aprovado o teor do tratado pelo Poder Legislativo, o mesmo retornará ao Poder executivo para o ato de ratificação. Ato administrativo unilateral, no qual o Estado exprime sua vontade e aceita as obrigações internacionais que assumiu, gerando efeitos no plano internacional. A ratificação, é um ato externo onde se garante que os termos do tratado, desde então, serão respeitados quanto aos demais sujeitos de direito internacional que se vincularam juridicamente da mesma forma. Não gera efeitos jurídicos, no plano jurídico interno.

## 1.4 Entrada em vigor

No momento de ratificar um tratado internacional não se admite que seja feita de forma tácita, por ser um ato extremamente formal, portanto, é necessário que sua ratificação seja feita de forma expressa pelos Estados aderentes do acordo. Não basta apenas a ratificação para que os termos do tratado se tornem obrigatórios. É através da troca entre os Estados aderentes ou depósito dos instrumentos de ratificação em Organismo Internacional que se ocupe de sua custódia que os tratados entrarão em vigor.

Segundo exposição de Hidelbrando Accioly e G. E do Nascimento e Silva, na realidade:

não é propriamente a ratificação, isto é, o ato de firmar e selar a carta de ratificação, que dá vigor ao tratado. O que o torna perfeito e acabado é a troca de tal instrumento contra outro idêntico, da outra parte contratante, ou o seu depósito no lugar para isto indicado no próprio tratado. Aliás, um simples depósito, às vezes não basta para o aludido resultado. Com efeito, o *depósito* é exigido, geralmente, para tratados multilaterais, e estes requerem quase sempre certo número de depósitos, se não o de todas as partes contratantes para sua entrada em vigor.<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E do Nascimento e, *Manual de direito internacional público*. apud MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2001. p. 63.

A prática brasileira, seguindo a tradição lusitana, exige que o Presidente da República, expeça um Decreto executivo com o intuito de promulgar e publicar no *Diário Oficial da União* o conteúdo dos tratados, fazendo com que estes passem a gerar efeitos no plano interno, e isso ocorrerá, impreterivelmente, sempre após o depósito do instrumento de ratificação junto ao Governo ou Organismo Internacional responsável pela função de depositário.

De acordo com Mazzuoli “a promulgação e a publicação, no sistema brasileiro, compõem a fase integratória da eficácia da lei, vez que atesta a sua adoção pelo Poder Legislativo, certifica a existência de seu texto, e afirma, finalmente, seu valor imperativo e executório.”

Segundo Rezek, em nossa jurisdição, é a partir da publicação que o tratado passará a integrar o acervo normativo nacional, “habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo Judiciário”.

## 2 OS POVOS INDÍGENAS, A CONSTITUIÇÃO E OS TRATADOS AMBIENTAIS

Hodiernamente, os estados Latino-americanos estão organizados de forma parecida com a modernidade européia, mas mantêm, em maior ou menor índice demográfico, populações originárias, chamadas genericamente de indígenas.<sup>19</sup>

Os grandes marcos históricos dos estados nacionais latino-americanos são comuns, pois durante o séculos XVI, XVII e XVIII foram territórios coloniais e passaram a ser, no século XIX, estados nacionais, adotando a garantia expressa dos direitos de propriedade, liberdade, igualdade e segurança.<sup>20</sup>

Estes estados nacionais latino-americanos, formados no início do Século XIX à semelhança das Constituições européias, elaboraram com ênfase na questão da integração de todas as pessoas como cidadãos. A palavra “todos” se traduz por cada sujeito titular de direitos, excluindo os coletivos, as comunidades, os grupos, as corporações, os povos. Para os povos indígenas a palavra **integração** passou a revelar a provisoriedade da condição de povo diferenciado.<sup>21</sup>

As constituições brasileiras de 1934 até 1969 trouxeram referências aos índios, sempre os chamando de sítícolos. Todas garantem aos povos indígenas onde se achavam “permanentemente localizados” a posse da terra, acrescentando também a condição da garantia de não a transferirem. Na Constituição de 1967, editada durante o período de governo militar, as terras indígenas foram definidas como de domínio da União.<sup>22</sup>

Houve um avanço na proteção dos direitos indígenas ao longo do tempo, pois a Constituição de 1988 rompe o paradigma da assimilação, integração ou provisoriedade da condição de indígena e das terras ocupadas por eles.

---

<sup>19</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Apud. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK., Lenio L, *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013 p. 2148.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. et al. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2148.

<sup>22</sup> Ibidem.

Desde 1988 estabeleceu-se uma nova relação entre o Estado Nacional e os povos indígenas habitantes de seu território. A generosidade de integrar na vida nacional os indígenas que assim desejarem restou mantida em sua plenitude, porém àqueles que não adotassem esse viés, o Estado Nacional reconhece o direito de continuar a ser índio, sociedade externamente organizada e grupo diferenciado dos demais nacionais.<sup>23</sup>

Nota-se que no final da década de 80 e começo dos anos 90, houve um processo de redemocratização nos países da América Latina, pondo fim a uma, duas ou até mesmo, três décadas de ditaduras. Uma nova formação cultural e ideológica deu força às Constituições como resposta às décadas de autoritarismo, que haviam marcado a história do continente desde a conquista no final do século XV.

A Constituição brasileira atuou como verdadeiro divisor de águas, mesmo tendo as diversas constituições latino-americanas reconhecido o multiculturalismo e os direitos indígenas. O reconhecimento da língua e cultura, se mostra presente nas primeiras constituições do Brasil e Continente, porém o reconhecimento da terra e territorialidade indígenas, foi prática adotada pelas Constituições brasileiras contemporâneas.<sup>24</sup>

## **2.1 Das disposições constitucionais indígenas**

A Constituição Federal de 1988, tratou em seu último capítulo (capítulo VIII) sobre os direitos fundamentais conferidos aos povos indígenas que habitam nosso território nacional. Bastaram ao constituinte originário dois artigos, quais sejam, 231 e 232 para tratar das questões indígenas.

Raros são os povos que não se identificam com um território determinado e com sua estrutura ecológica. Os povos nômades e ciganos são exemplos de povos que não se identificavam com determinado espaço territorial, ao se locomoverem constantemente de região para região, diferentemente dos povos indígenas.

---

<sup>23</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L., *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2148.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

Ocorre que a idéia de os povos indígenas permanecerem sempre no mesmo espaço territorial, sofreu alterações no curso de nossa história. A remoção de povos para outros ambientes foi uma política adotada pelo estado brasileiro até a década de 80.

Um caso que merece ser citado é o dos Nambiquara, que habitavam o vale do Guaporé, localizado em Rondônia, uma das regiões mais férteis do mundo. O povo indígena Nambiquara foi transferido para uma região de cerrado, pobre em caça e frutos, por ocasião da exploração agropecuária do vale. O resultado chegou perto de ser genocida.<sup>25</sup>

Outro caso que merece alusão é dos índios Panará, chamados Kreen-Akarore e também conhecidos como índios gigantes pela imprensa da época. Este povo foi movido para dentro do parque do Xingu, localizado no estado do Pará. O problema dessa remoção é que foram entregues a inimigos tradicionais, que por mais de 20 anos os dominaram. Posteriormente, o Poder judiciário, com fundamento no texto constitucional, determinou a volta dos Panará à parte de seu território tradicional ainda existente e uma indenização aos índios pelos valores patrimoniais e morais que perderam no processo de transferência.<sup>26</sup>

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a incluir em seu texto, o direito de os povos indígenas continuarem a sê-lo, além de estabelecer seus direitos sociais e territoriais.

Vejamos o *caput* do artigo 231 da Constituição Federal:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

O *caput* do artigo em comento, expressa a vontade do legislador em conferir aos povos indígenas poder de auto-determinação, ou seja autonomia para se organizarem conforme suas crenças e seus traços culturais cultivados ao longo de sua existência, levando em consideração as peculiaridades de cada povo indígena.

---

<sup>25</sup> ALMEIDA, Silene de. apud. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L, *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2151.

<sup>26</sup> ARNT, Ricardo. apud. CANOTILHO J. J. Gomes. et al. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2151

Quanto à questão das terras ocupadas pelos povos indígenas, merece maior esclarecimento sobre a terminologia adotada pelo constituinte originário. O nome apropriado para se fazer alusão ao espaço de terra ocupado pelos povos indígenas seria “território” e não terra indígena.

O Ministro Victor Nunes Leal, em célebre voto em Recurso Extraordinário n. 44.535-MT (agosto de 1961), declarou: “Aqui não se trata de direito de propriedade comum; o que se reservou foi o território dos índios”.<sup>27</sup>(grifo nosso)

A Constituição retirou qualquer conotação de propriedade privada da terminologia utilizada pelo legislador constituinte em seu art. 231, tanto até que em seu art. 20, inciso XI, estabelece que as terras indígenas são bens da União.

O parágrafo 1º do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, assim dispõe:

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Pelo fato de os povos indígenas não possuírem a propriedade das terras que ocupam, segundo a vontade constituinte, é necessário esclarecer que a atual Carta Magna, reconhece os direitos originários sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam.

Ao se falar em direito originário, é necessário compreender como direito anterior e independente de que qualquer ato do Estado. Muito antes de se instituir qualquer forma de administração no território brasileiro, qualquer tipo de ordenações lusitanas, demarcações de terras, os índios já se encontravam neste território, vivendo e usufruindo da terra. Portanto, reconhecidos como originários os direitos dos índios sobre os territórios em que habitam.

Segundo o parágrafo em epígrafe, não basta que haja ocupação das terras pelos povos indígenas, é necessário que se faça de forma tradicional e permanente. Forma

---

<sup>27</sup> CANOTILHO J. J. Gomes; MENDES. Gilmar F; SARLET. Ingo W; STRECK. Lenio L, *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013 p. 2151.



tradicional é aquela que atende às características típicas de cada tribo de se auto-determinar, de se auto-organizar, e dar continuidade às suas tradições.

Cada povo indígena elabora de acordo com suas relações internas de povo, uma idéia própria de seu território e as relações com a natureza onde vivem. Dentro dos limites territoriais de cada povo indígena, existe uma relação cultural que está intrinsecamente ligada ao Direito ambiental por retratar a possibilidade de exploração da região e reproduzir seus hábitos alimentares, farmacológicos, arte, artesanato e utensílios.<sup>28</sup>

Desse modo, segundo Souza Filho “em cada terra indígena se encontra uma relação mágica entre os conhecimentos do povo e as manifestações da natureza, importando não só o místico como o fático do espaço territorial”.<sup>29</sup>

Dado à territorialidade indígena, a função social da propriedade se faz presente, devendo ser exercida pelos povos que habitam determinado espaço territorial. A função social da terra indígena é a garantia de vida e proteção desses povos, contudo, não se pode impor as limitações de exploração da terra, como se se aplicasse algum modelo de capitalismo aos índios.

As disposições contidas no art. 225 da Constituição Federal, relativas ao Meio ambiente, também não se aplicam aos índios. Tanto a caça, como a exploração da mata ciliar não são vedados aos povos indígenas, desde que o façam de acordo com seus usos, costumes e tradições. Portanto, podem os indígenas se utilizar de tais práticas sem se sujeitarem ao Código de Proteção à Fauna (Lei n. 5197/67)<sup>30</sup> e ao Novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012)<sup>31</sup>.

A demarcação de terras indígenas é um comando constitucional direcionado à União, como forma de proteger e respeitar os bens de cada povo. Obviamente, o direito sobre essas terras independe da demarcação feito pelo ente público pois é mero ato administrativo de

---

<sup>28</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Comentário ao artigo 231, parágrafo primeiro*. In: CANOTILHO J. J. Gomes. MENDES. Gilmar F. SARLET. Ingo W. STRECK. Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2152.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> BRASIL, *Código de proteção à fauna*. Lei nº 5.197 de 3 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5197.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2015.

<sup>31</sup> BRASIL, *Novo código florestal*. Lei nº 12.651 de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2015.

natureza declaratória, portanto a terra indígena se define pela ocupação indígena apesar de haver demarcação de suas terras.<sup>32</sup>

Toda e qualquer regulamentação da demarcação de terras tem que se ater aos limites deste comando constitucional, uma vez que o procedimento demarcatório não pode estabelecer outro critério que não seja os quatro elementos verificados segundo o uso, costume e tradição do próprio povo. Portanto é critério interno de cada povo.

No dia 19 de março de 2009, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a questão da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, entendeu que a demarcação das terras deveria ser feita em território contínuo, ao invés de demarcar apenas as aldeias indígenas, chamadas “malocas”, ficando vencido naquela ocasião o Ministro Marco Aurélio de Farias Mello. Para o STF, apesar da demarcação das terras ter sido efetuada em áreas contínuas, não perderiam o caráter indígena caso estivessem ocupadas por não índios e contra a vontade destes.

Sabe-se que a demarcação é dever da União, constando no art.67 do ato das disposições transitórias, o prazo de 5 anos, desde a promulgação da constituição para que se concluísse a demarcação de todas as terras. Infelizmente, esta disposição não foi cumprida e apenas em 1996 expediu-se Decreto<sup>33</sup> que dispõe sobre o procedimento administrativo da demarcação.

A demarcação das terras indígenas é de fundamental importância, uma vez que o órgão indigenista brasileiro se ocupa de proteger apenas os povos que se encontram em áreas demarcadas ou por demarcar. Os povos não aldeados, ou seja aqueles que vivem em um espaço territorial que não possua demarcação legal, acabam sem reconhecimento e proteção, o que viola frontalmente a norma constitucional.

A Constituição Federal de 1988, no seu § 2º do art. 231 aprimorou a atual redação, aprimorando-a e conferindo caráter não provisório às terras ocupadas por indígenas. Vejamos:

---

<sup>32</sup> CANOTILHO J. J. Gomes. et al. Op. Cit. p. 2153.

<sup>33</sup> BRASIL, *Decreto nº 1.775/96 de 8 de janeiro de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D1775.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2015.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Ao se falar em posse permanente das terras tradicionalmente ocupada pelos índios, não cabe confundir com posse civil, uma vez que esta é individual e material, enquanto a posse indígena é coletiva e exercida segundo seus usos, costumes e tradições do povo.<sup>34</sup>

Em 1973, a terra indígena era tratada como individual pelo Estatuto do Índio.

Vejamos:

Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.<sup>35</sup>

O citado artigo, ao empregar a palavra “detém”, qualifica a terra indígena individualmente, porém a Constituição de 1988 rompe com essa idéia e confere à ela caráter coletivo. Melhor que a palavra “posse” seja considerada como ocupação ou habitat.

O que qualifica a terra são os usos, costumes e tradições do povo, e assim, dá-se sentido a expressão “usufruto exclusivo”. A forma que a terra é utilizada pelas comunidades indígenas, seja por meio da exploração da flora, dos rios, por meio de rituais sagrados, compete apenas à eles decidirem e será internamente deliberado.

Segundo Souza Filho, “por usufruto exclusivo não se pode entender a restrição ao ato de troca, venda ou doação de frutos e produto das riquezas da área, mas ao contrário, trata-se de direito de a comunidade não usar determinada área, seja para regeneração, seja por motivos sagrados ou outro qualquer.”

As riquezas naturais exploráveis e comercializáveis do solo, dos rios e dos lagos poderão ser utilizadas pelos índios ou exploradas em parceria indivíduos não indígenas, desde que haja supervisão do Estado brasileiro, a quem cabe a obrigação de preservar não só a cultura como também os bens indígenas.<sup>36</sup>

Observemos o que reza o § 3º do artigo 231 da Constituição Federal:

<sup>34</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Comentário ao artigo 231, parágrafo segundo. In: CANOTILHO J. J. Gomes. MENDES. Gilmar F. SARLET. Ingo W. STRECK. Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2154.

<sup>35</sup> BRASIL, *Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973*. art. 23. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

<sup>36</sup> Idem.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.<sup>37</sup>

É necessário a autorização do Congresso Nacional e que sejam ouvidas as comunidades indígenas afetadas para que haja eventual exploração dos recursos hídricos, pesquisa e lavra das riquezas minerais.

Porém, há que se ponderar que somente será possível a concessão desta autorização caso não viole o *caput* do artigo, nem seus demais parágrafos. Seria inconstitucional, por exemplo, a edição de uma lei que violasse os direitos sobre as terras ou a posse permanente, bem como sobre o usufruto exclusivo ou talvez a organização social e cultural indígena.

## 2.2 Conferência de estocolmo

Tendo em vista a preparação da Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em junho de 1992, no Rio de Janeiro, é necessário que se faça uma análise das propostas elaboradas na Conferência de Estocolmo, na Suécia em 1972.

Desde 1960, havia uma movimentação dos Estados em favor de uma regulamentação global do meio ambiente que se consolidou no ano de 1972, diante da realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, na Suécia. Antes desta conferência, diversas convenções internacionais já haviam ocorrido, confirmando a necessidade de utilização do Direito Internacional do Meio Ambiente, como instrumento de preservação do ecossistema mundial.

Segundo as palavras de Guido Fernando Silva Soares:

dentro de tal quadro da movimentação dos Estados e da atuação de sua Assembléia Geral (sob cuja égide importantes tratados e convenções passariam a ser negociados e assinados diretamente pelos Estados) ou de seus organismos especializados, a ONU, enquanto organização cimeira das relações

---

<sup>37</sup> BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

internacionais na atualidade, não poderia deixar de reletir a preocupação dos Estados e dos cidadãos quanto aos aspectos ambientais em âmbito mundial.<sup>38</sup>

A assembléia Geral das Nações Unidas criou uma comissão preparatória, convocando peritos governamentais, juntamente com especialistas de todas as regiões do mundo, para o qual o Brasil foi convocado, com o intuito de se realizar o mais cedo possível, uma Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente Humano.

Em Estocolmo a maior tendência proposta pelo conselho das Nações Unidas foi o envolvimento em discussões sobre temas mais amplos de interesse geral da humanidade e que não se adotasse tópicos de cunho restrito.

Na época a idéia de realização de uma Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente não foi visto com bons olhos pelos países em desenvolvimento. O fator mais importante era que as questões ambientalistas tinham importância secundária para os países em desenvolvimento, onde os grandes desafios eram a pobreza e suas sequelas, como a fome, a falta de moradia, de roupa, educação, escolas. Para eles os direitos políticos e civis não poderiam ter prevalência sobre os direitos econômicos e sociais.

Para os países em desenvolvimentos a Conferência representava proposições voltadas ao hemisfério norte, que dispunham nas reuniões preparatórias de especialistas sendo que os países em desenvolvimento, na maioria dos casos eram obrigados a recorrer a seus diplomatas. O Brasil, desde o início assumiu uma posição favorável à tese desenvolvimentista.

Para o embaixador Araújo de Castro, “os planos submetidos à Comissão preparatória identificavam-se com os problemas e as preferências dos países industrializados e não levavam em consideração as necessidades e as condições dos países em desenvolvimento”.<sup>39</sup>

Para o embaixador brasileiro, o dilema mais importante a ser discutido na conferência era a tentativa de dar a dois terços da humanidade condições básicas de sobrevivência compatíveis com a dignidade do homem, tanto até que foi incluído na 2ª e 3ª sessões preparatórias da Convenção de Estocolmo, itens específicos referentes a aspectos

---

<sup>38</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergências, obrigações e responsabilidades*. 2 ed. São Paulo. Atlas Jurídico. 2003. p. 53.

<sup>39</sup> SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Direito ambiental internacional*. Thex. Rio de Janeiro. 2002. p. 37.

econômicos e sociais de interesse dos países em desenvolvimento , tendo em vista reconciliar os seus planos nacionais de desenvolvimento com uma política ambiental.

O relatório produzido nos trabalhos iniciais preparativos, delineia de maneira clara e convincente vários dos principais problemas com que os governos dos países mais industrializados e os países em desenvolvimento teriam que se defrontar quando se reunissem em Estocolmo em 1972. Foi uma das contribuições mais importantes para a preparação da conferência e um momento histórico no diálogo do desenvolvimento do Meio Ambiente.

A conferência ocorrida em Estocolmo, conferiu aos Estados-Partes, diretrizes gerais como forma mitigar os problemas ambientais enfrentados, tanto em âmbito nacional, como no cenário mundial. A difícil proposta de conciliar os interesses de países em desenvolvimento e países desenvolvidos, foi adequada através da edição de princípios a serem seguidos por aqueles que pactuassem com o teor da Convenção.

Diante deste quadro de duras negociações entre os Estados-Partes da convenção, o Direito ao meio ambiente passa a ser concebido como um direito fundamental, sendo o meio ambiente equilibrado e sadio, a principal obrigação dos Estados que aderiram à Convenção de Estocolmo.

A partir de então as questões ambientais ingressaram definitivamente na agenda internacional das Nações Unidas, bem como na agendas políticas internas dos próprios países. A questão ambiental não podia mais ser ignorada, nem tampouco, negligenciada. O caráter de urgência das questões ambientais, em função de diversos desastres experienciados pela humanidade, era patente.

Por outro lado, a introdução de tais deveres no Direito Internacional coincide com a emergência de outros conteúdos nas normas internacionais: a necessidade de dotá-las de uma dose de previsibilidade, com medidas de cautela e precaução nas atuações internacionais dos Estados. Embora como quaisquer normas jurídicas, o Direito Internacional tenha grande grau de

previsibilidade em seus dispositivos, a preocupação com os eventuais efeitos futuros acompanhada de medidas de cautela.<sup>40</sup>

A declaração de Estocolmo contém princípios que indiretamente dizem respeito ao dever de prevenção: na verdade, enfatiza as responsabilidades de preservação do meio ambiente, para o benefício da presente e das futuras gerações, mediante planejamento ou gestão cuidadosos (princípio 2), bem como diz dos benefícios de assistência técnica e financeira em nível internacional, para combater as deficiências ambientais geradas por condições de subdesenvolvimento e desastres naturais (princípio 9).<sup>41</sup>

A declaração de Estocolmo tem como principal virtude, haver reconhecido que os problemas ambientais dos países em desenvolvimento eram e continuam a ser diferentes dos países desenvolvidos. Porém, isso não quer dizer que para os países em desenvolvimento, deveria ser adotado normas mais brandas e menos rígidas, mas sim a adoção de normas suficientemente amplas, de modo que todos os países possam acatá-las.

Diante da necessidade ordenar a forma pela qual os Estados soberanos tratam o seu meio ambiente, a Declaração de Estocolmo surgiu como ordem jurídica internacional que impulsionou a comunhão de esforços multilaterais para se alcançar a preservação do ecossistema, bem como preservar a vida humana presente na terra e as gerações que ainda estão por vir.

## 2.3 Eco 92

Decorridos dez anos desde a conferência de Estocolmo, a comunidade internacional constatava que aumentava a destruição do meio ambiente, bem como a utilização de recursos não-renováveis da natureza. Os organismos internacionais envolvidos na conservação da natureza não obtiveram êxito ao tentar criar normas legais para mitigar a prática indiscriminada de degradação do meio ambiente. Perceptível, era apenas o desgaste cada vez maior do meio

---

<sup>40</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergências, obrigações e responsabilidades*. 2ª ed. São Paulo. Atlas Jurídico. 2003. p. 53.

<sup>41</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergências, obrigações e responsabilidades*. 2ª ed. São Paulo. Atlas Jurídico. 2003. p. 53

ambiente diante da crescente demanda de recursos naturais escassos e pela poluição dos mares, rios e da atmosfera, causada em 80 a 90 % dos casos, por países industrializados.<sup>42</sup>

Tendo em vista a ineficácia das normas adotadas na convenção de 1972, a Assembléia Geral das Nações Unidas decidiu pela convocação de uma nova conferência, com comissões de alto nível preparatórias preliminares a conferência. Durante três anos a comissão visitou todos os países, consultou centenas de pessoas, realizou reuniões deliberativas em diversas cidades e encerrou seus trabalhos em dezembro de 1987 entregando seu extenso relatório à Assembléia Geral das Nações Unidas. O relatório, ao abordar os principais problemas, dá ênfase às consequências negativas da pobreza sobre o meio ambiente.<sup>43</sup>

Os principais problemas ambientais a serem abordados na Convenção do Rio de Janeiro, foram classificados em três grandes grupos. O primeiro grupo trata dos problemas relativos à poluição ambiental, como as emissões de carbono e das mudanças climatológicas, a poluição da atmosfera, a poluição da água, dos efeitos nocivos dos produtos químicos e dos rejeitos nocivos, dos rejeitos radiotivos e a poluição das águas interiores e costeiras.

O segundo grupo trata dos assuntos referentes aos recursos naturais, como a diminuição das florestas, principalmente as tropicais, perdas de recursos genéticos, perda de pasto, erosão do solo e desertificação, mau uso da energia, principalmente lenha, uso deficiente das águas de superfície, diminuição e degradação das águas subterrâneas e diminuição dos recursos vivos do mar.<sup>44</sup>

Por último o terceiro grupo tratou de assuntos que merecem maior atenção pois tratam de questões socio-ambientais ligadas a pessoa humana como o uso da terra e sua ocupação, abrigo, suprimento de água e saneamento, o crescimento urbano acelerado, entre outras questões sociais, em especial a educação.

A Assembléia Geral das Nações Unidas criou a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e para a presidência foi designada a senhora Gro Harlem Brundtland, da Noruega, a única estadista do mundo a exercer o cargo de Primeiro-Ministro. A

---

<sup>42</sup> SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Direito Ambiental Internacional*. Thex. Rio de Janeiro. 2002. p. 37

<sup>43</sup> SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Direito Ambiental Internacional*. Thex. Rio de Janeiro. 2002. p. 39.

<sup>44</sup> *Ibidem*.



Comissão, era composta por membros escolhidos entre representantes de países em desenvolvimento e de países desenvolvidos, dez de cada.<sup>45</sup>

O relatório *Brundtland*, sugeriu que a Assembléia Geral das Nações Unidas deveria considerar a possibilidade de se convocar uma nova Conferência Internacional para avaliar os progressos obtidos desde a Declaração de Estocolmo em 1972.

Foi recomendado como leitura obrigatória a todas as organizações intergovernamentais, como forma de saber o conteúdo obrigatório a ser abordado, e qual alcance buscava a Conferência de 1992 no Rio de Janeiro. É certo que este relatório continuará a ser adotado no futuro como forma de interpretação dos documentos emitidos na referida Conferência.

No dizer de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, “embora o Brasil tenha sido escolhido como país sede, isto não significa que desfrutava de uma situação privilegiada que lhe permitisse insistir na inclusão na agenda de trabalho, de assuntos não previstos pela Assembléia Geral.”<sup>46</sup>

A Conferência não foi um Congresso realizado de acordo com o costume das Nações Unidas: trata-se de uma Conferência de primeira grandeza (Conferência de Cúpula), dentro da escala hierárquica da organização mundial e que contou com a presença de inúmeros chefes de Estado e de Governo, bem como todos os Ministros de Estado e Meio Ambiente. Coube a Conferência analisar o estado do meio ambiente e as mudanças ocorridas desde a Convenção de Estocolmo em 1972.<sup>47</sup>

A parte preambular da Resolução 44/228 chama a atenção para a problemática da dívida externa dos países em desenvolvimento, de modo que eles possam contribuir com a sua capacidade e responsabilidade no esforço global em defesa do meio ambiente.<sup>48</sup>

Dois são os motivos que levaram o Brasil a se candidatar a receber a conferência: provar aos demais países que o Brasil participa das preocupações ecológicas e

---

<sup>45</sup> SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Direito Ambiental Internacional*. Thex. Rio de Janeiro. 2002. p. 43.

<sup>46</sup> Ibidem.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Ibidem.

aproveitar a oportunidade para mobilizar a opinião pública nacional em todos os níveis da administração, federal, estadual e municipal, a fim de criar uma consciência ecológica efetiva.

Dentre os objetivos mencionados pela resolução, prioritariamente, estão, o exame do estado do meio ambiente e as mudanças verificadas desde a Conferência de Estocolmo em 1972, inclusive a adoção de uma série de tratados e decisões de cunho ambiental.<sup>49</sup> Desde o início da Conferência a resolução 44/228 da Assembleia Geral mencionou dentre os principais objetivos o desenvolvimento do direito ambiental internacional e a elaboração de direitos e obrigações genéricos dos Estados, tomando como base importantes documentos jurídicos a respeito.<sup>50</sup>

Segundo os dizeres de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, sobre a Conferência ocorrida no Rio de Janeiro:

A declaração consagra as seguintes regras de direito ambiental internacional: o direito soberano dos Estados de explorar e utilizar seus recursos naturais em conformidade com as suas políticas ambientalistas; a responsabilidade internacional por dano ocorrido além das fronteiras nacionais; o dever de evitar dano grave em outros Estados; a obrigação de desenvolver o direito internacional no campo da responsabilidade (liability); o dever de consulta prévia ao iniciar obras suscetíveis de provocar danos ambientais em outros Estados; o dever de notificar imediatamente os demais Estados e organizações internacionais, no caso de acidente capaz de provocar dano ambiental grave; o dever de adotar legislação ambiental efetiva; o dever de cooperar de boa fé com os demais Estados na defesa efetiva do meio ambiente; o dever de solucionar pacificamente as controvérsias internacionais ambientais.<sup>51</sup>

### 2.3.1 Agenda 21

O documento mais importante adotado no decorrer da Conferência foi a Agenda 21, onde a comunidade internacional, apresenta em documento extenso, um planejamento destinado a solucionar até o ano 2000 os principais problemas ambientais ocorridos até então.

A agenda cogitou uma cooperação a nível global, mas a atitude dos países mais ricos não foi nada animadora quando se tratou da obtenção de recursos financeiros. Existe

---

<sup>49</sup> SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito Ambiental Internacional*. Thex. Rio de Janeiro. 2002. p. 43.

<sup>50</sup> Ibidem.

<sup>51</sup> Ibidem.

consenso de que algo havia de ser feito, mas a relutância dos países doadores era óbvia.<sup>52</sup> A tendência dos países industrializados, tem sido a de retirar a rubrica de assistência técnica e financeira do orçamento das contribuições mais substanciais.

A Assembléia Geral lembrou a hipótese de ser criado um fundo destinado à transferência em condições favoráveis das tecnologias ambientais. Para sua constituição, foi lembrada a possibilidade de ser adotado o princípio poluidor-pagador, pelo qual os poluidores, ou mais precisamente os países industrializados, teriam que arcar com 80%.<sup>53</sup>

A transferência de tecnologias mais sofisticadas de natureza ecológica, de qualquer forma, depende da obtenção dos recursos financeiros, bem como da boa vontade dos possuidores das patentes em cedê-las, nem que seja mediante pagamento. Promessas de pagamento, abertura de crédito, criação de fundos especializados não faltam, o que falta é a disposição de tornar tais promessas efetivas.

A declaração do Rio de Janeiro, ao enumerar uma série de direitos e obrigações foi um passo além da recomendação da Assembléia Geral das Nações Unidas, visto que, no princípio 27, se acolheu o princípio de que os estados e os povos devem cooperar para o desenvolvimento progressivo do direito ambiental internacional no campo do desenvolvimento sustentável. Criou-se uma obrigação mais ampla, com ênfase na questão do desenvolvimento e principalmente, na questão humana.

---

<sup>52</sup>SILVA. Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito Ambiental Internacional*. Thex. Rio de Janeiro. 2002. p. 45.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

### 3 A SITUAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS E A OIT 169

O caminho percorrido pelos povos indígenas e tribais de todo o mundo para se proteger, reivindicar seus direitos e resistir a processo de colonização e desenvolvimento nacionais ao longo da história é impressionante.

Não lhes restou escolha se não formar movimentos políticos regionais para expor suas reivindicações políticas diante do discurso jurídico dos direitos humanos, uma vez que foram submetidos, exterminados e forçosamente integrados a um modelo de desenvolvimento alheio ao longo do século XX.

A ONU no ano de 2007 adotou a primeira Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, porém, antes mesmo dela reconhecer os direitos de povos indígenas, foi a OIT a primeira agência a preocupar-se com a situação das populações indígenas e tribais do mundo na década de 1920.<sup>54</sup>

A Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes tornou a OIT na primeira Organização Internacional a reconhecer os “povos” indígenas e tribais como sujeitos de direitos, protegendo, entre outros, alguns de seus direitos territoriais, políticos, econômicos e sociais. É inegável a contribuição da Convenção para que a jurisprudência relativa aos direitos dos povos indígenas e tribais se desenvolvesse ao longo do ocidente.<sup>55</sup>

O Brasil ratificou a C169 em 2003, comprometendo-se perante a comunidade internacional a proteger a identidade dos povos indígenas e tribais, e se responsabilizar pelo respeito de suas terras, tradições e formas de organização social. Segundo a C169, os governos devem consultar estes povos antes de tomar decisões, sejam elas administrativas ou legislativas, para evitar quaisquer tipos de danos.<sup>56</sup>

Diversas organizações indígenas e quilombolas do Brasil apresentaram relatórios à OIT, informando sobre diversas violações do Estado brasileiro à C169, sendo inclusive enfáticas quanto ao dever de consulta não realizado. Um dos temas que tem sido mais

---

<sup>54</sup> FIGUEROA, Isabela. *A convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais*. São Paulo: ISA. 2009. p. 13.

<sup>55</sup> Ibidem.

<sup>56</sup> Ibidem.

elaborados nas observações da Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, é o quesito consulta.<sup>57</sup>

### 3.1 As origens da doutrina da tutela no direito internacional

Cumprе esclarecer que a OIT foi estabelecida junto com a Liga das Nações Unidas, pelo Tratado de Versalhes em 1919, sendo então uma organização criada anteriormente ao sistema de Direitos Humanos da ONU.<sup>58</sup>

Em meados da década de 1950, a Comissão de Peritos em trabalho indígena da OIT analisou a aplicação da doutrina da tutela em diferentes países ao redor do mundo e concluiu que as políticas nacionais orientadas a incluir os povos indígenas não havia sido eficaz ao ponto de melhorar as condições sociais destes povos.<sup>59</sup>

Políticas integracionistas reguladas para proteger as populações indígenas contra a exploração laboral entre outros tipos de opressão foi postulado pela Comissão de Peritos aos Estados. Este trabalho fez com que a Conferência Internacional do Trabalho discutisse o texto da “Convenção nº 107 relativo à Proteção e Integração das populações Indígenas e Outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes” e a “Recomendação nº 104 concernente à Proteção e Integração das Populações Indígenas e Outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes”, todas adotadas pela OIT em 1957.<sup>60</sup>

O “desenvolvimento” das populações indígenas e tribais, bem como sua “integração” com o resto da sociedade, foi vinculado através do texto da C107. O conceito de integração não foi expressamente definido naquela Convenção, mas foi interpretado como a idéia de um processo progressivo. Seria dever dos Estados oferecer medidas especiais para proteger as populações indígenas e tribais de processos exploratórios e opressivos enquanto suas condições social, econômica e cultural os limitasse de gozar dos benefícios da legislação social do país a que pertencessem.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> FIGUEROA, Isabela. *A convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais*. São Paulo: ISA. 2009. p. 14.

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> Organização Internacional do Trabalho, 1988 apud . FIGUEROA, Isabela. *A convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais*. São Paulo: ISA. 2009. P. 15

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Ibidem.

A intenção era que as populações indígenas e tribais, num futuro próximo fossem capazes de elaborar planos que respondessem ao sistema ocidental europeu de desenvolvimento, e foi por meio da C107 que o direito positivo internacional ofereceu, pela primeira vez, um status de sujeitos de direitos internacionais aos povos indígenas e tribais em países independentes.<sup>62</sup>

Ocorre que a OIT incumbiu aos Estados o dever de prestar assistência para o “progresso social e econômico” dos povos indígenas, ou seja, integra-los às sociedades coloniais em nome de seu “desenvolvimento”, contrariando seu poder de autonomia.

### 3.2 A mobilização indígena no direito internacional

Os povos indígenas, apoiados por organizações de direitos civis e políticos, começaram a se mostrar de uma maneira diferente, no Direito Internacional, da que haviam feito os Estados até a década de 1960. Inspiraram-se nas lutas anti-coloniais que surgiram no pós segunda guerra para reivindicarem a liberação de seus povos da colonização interna.

A Comissão de Direitos Humanos da ONU encomendou a Sub-comissão de Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias para estudar o ocorrido nas discriminações indígenas, sob o argumento de que a integração seria a melhor forma de acabar com as discriminações. O relatório final da Sub-comissão ficou conhecido como “Estudo Martinez Cobo” e foi publicado entre 1981 e 1983, sendo responsável por dar suporte às reivindicações dos mais diversos povos indígenas, tornando-se o instrumento de discussão da questão indígena dentro na ONU.<sup>63</sup>

A ONU estabeleceu um Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas no âmbito da Sub-comissão para a Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, onde ocorriam reuniões anuais em forma de Convenções abertas e permitiu a participação de representantes indígenas.<sup>64</sup>

A Sub-comissão teve como função principal desenvolver novos parâmetros do direito internacional para a proteção dos povos indígenas. Deu-se origem a Declaração sobre os

---

<sup>62</sup> OIT, *Constituição*, artigo. 24. apud. FIGUEROA. Isabela. *A convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais*. São Paulo: ISA documentos. 2009. p. 19.

<sup>63</sup> Ibidem apud. ANAYA, 2004, p. 62.

<sup>64</sup> Idem.

povos Indígenas, adotada pela ONU em 2007.<sup>65</sup> Depois de 30 anos de vigência da C107, chegou-se a conclusão que seu texto se encontrava desatualizado e antiquado.

### 3.3 A Revisão do método de integração da OIT.

Na década de 1980, o texto da C107 já não era mais aceitável devido seus termos estarem em descompasso com o desenvolvimento no campo do direito internacional sobre as questões indígenas. Os movimentos indígenas levaram a OIT, sob influência da ONU, a reconhecer que sua visão integracionista estava ultrapassada e que os povos indígenas deveriam ter controle sobre seu desenvolvimento econômico, social e cultural, interagindo com a sociedade nacional através de suas próprias instituições.<sup>66</sup>

Diante da caducidade do texto da C107, optou-se por uma reforma parcial de seu texto, com intuito de renovar o que estava ultrapassado e em descompasso com a evolução do Direito Internacional. Desta reforma parcial, resultou a “Convenção nº 169 sobre povos Indígenas e Tribais em Países Independentes”, adotada pela OIT em 1989.

A C169 estabeleceu os direitos dos povos indígenas e tribais a preservar sua cultura, diferente do modelo integracionista adotado pela C107. Estabeleceu-se, de igual modo, os mecanismos de diálogo entre os governos e aqueles povos como a única forma de assegurar que as necessidades destes povos estejam incluídas nas políticas nacionais.

O artigo 2º da C169 expressa seu objetivo básico:

Artigo 2. 1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2. Essa ação deverá incluir medidas:

- a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;
- b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;
- c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio-econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais

<sup>65</sup> Nações Unidas, Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas. Doc. A/61/L.67. apud FIGUEROA, Isabela. *A convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais*. São Paulo: ISA documentos. 2009. p. 19.

<sup>66</sup> Idem.

membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.<sup>67</sup>

A auto-identificação dos povos indígenas foi o critério utilizado pela C169 como forma de proteger as terras indígenas e tribais e determinar quem são os povos indígenas e tribais. Desde que foi aprovado, o texto da C169 tem sido considerado texto referência para que outros órgãos internacionais, tal como os organismos de direitos humanos da Organização dos Estados Americanos, interpretem seus próprios instrumentos de proteção aos direitos humanos quando se trata de povos indígenas e tribais.<sup>68</sup>

### 3.4 Os mecanismos de supervisão da OIT.

O único instrumento internacional sobre direitos indígenas que prevê um mecanismo de supervisão após sua implementação nos Estados membros da OIT é a C169. Os Estados que ratificaram a Convenção estão obrigados a apresentar relatórios anuais sobre sua implementação em âmbito interno, conforme os artigos 22 e 23 de sua Constituição.

Artigo 22. Os Estados-Membros comprometem-se a apresentar à Repartição Internacional do Trabalho um relatório anual sobre as medidas por eles tomadas para execução das convenções a que aderiram. Esses relatórios serão redigidos na forma indicada pelo Conselho de Administração e deverão conter as informações pedidas por este Conselho.

Artigo 23. 1. O Diretor-Geral apresentará à Conferência, na sessão seguinte, um resumo das informações e dos relatórios que, de acordo com os artigos 19 e 22, lhe houverem sido transmitidos. 2. Os Estados-Membros remeterão às organizações representativas, reconhecidas como tais, para os fins mencionados no art. 3º, cópia das informações e dos relatórios transmitidos ao Diretor-Geral, de acordo com os arts. 19 e 22.<sup>69</sup>

A Constituição da OIT possibilita também que organizações de empregados ou de empregadores apresentem reclamações sobre a não observância das obrigações

<sup>67</sup> OIT. *Convenção 169*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015

<sup>68</sup> FIGUEROA, Isabela. *A convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais*. São Paulo: ISA. 2009. p. 20.

<sup>69</sup> OIT, *Constituição, artigos 22 e 23*. Disponível em: <[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_538.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf)>. Acesso em: 8 abr. 2015.



estabelecidas por alguma Convenção, por parte de seus Estados, desde que tenham ratificado a respectiva Convenção. Este fato está previsto nos artigos 24 e 25 da Constituição da OIT.

Artigo 24. Toda reclamação, dirigida à Repartição Internacional do Trabalho, por uma organização profissional de empregados ou de empregadores, e segundo a qual um dos Estados-Membros não tenha assegurado satisfatoriamente a execução de uma convenção a que o dito Estado haja aderido, poderá ser transmitida pelo Conselho de Administração ao Governo em questão e este poderá ser convidado a fazer, sobre a matéria, a declaração que julgar conveniente.

Artigo 25. Se nenhuma declaração for enviada pelo Governo em questão, num prazo razoável, ou se a declaração recebida não parecer satisfatória ao Conselho de Administração, este último terá o direito de tornar pública a referida reclamação e, segundo o caso, a resposta dada.<sup>70</sup>

O Sindicato de Engenheiros do DF (SENGE), impetrou reclamação, com fundamento no art. 24 da Constituição da OIT, contra o Estado brasileiro pelo fato dos povos indígenas não terem sido consultados sobre as leis que os afetam diretamente.<sup>71</sup>

As reclamações são revisadas por Comissões Tripartites definidas pelo Conselho de Governo da OIT e emitem observações aos Estados, decisões estas que não tem caráter vinculativo mas servem como textos subsidiários e interpretativos da ordem jurídica que compõe esta Organização Internacional.

### 3.5 A Ratificação da Convenção 169 da OIT.

A C169 foi apresentada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em 1991, porém, só foi ratificada pelo Brasil em 2002, pelo decreto legislativo nº 143 de 20/06/2002 e entrou em vigor em junho de 2003, como previsto em seu artigo 38, inciso 2 e 3.

Artigo 38. 1. A presente Convenção somente vinculará os Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tenham sido registradas pelo Diretor-Geral.

2. Esta Convenção entrará em vigor doze meses após o registro das ratificações de dois Membros por parte do Diretor-Geral.

3. Posteriormente, esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, doze meses após o registro da sua ratificação.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> OIT, *Constituição, artigos 24 e 25*. Disponível em:

<[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_538.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

<sup>71</sup> FIGUEROA, Isabela. *A convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais*. São Paulo: ISA. 2009. p. 22.

<sup>72</sup> OIT. *Convenção 169*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

O Estado brasileiro demorou para ratificar a Convenção em função do termo “propriedade” contida no artigo 14, referente à proteção das terras indígenas e Tribais. O termo “propriedade” foi interpretado de forma contrária à Constituição por alguns legisladores, pois reconhece aos povos indígenas posse permanente das terras que são propriedade da União.

O artigo 14 da OIT, foi concebido de forma a garantir os direitos territoriais referentes ao de propriedade quanto ao uso da terra, e para melhor compreensão e esclarecimento, deve ser lido em conjunto com o artigo 34, onde se estabelece a flexibilização da aplicação da Convenção de acordo com as condições próprias de cada país.

Artigo 14. 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de **propriedade** e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes. (grifo nosso)

Artigo 34. A natureza e o alcance das medidas que sejam adotadas para por em efeito a presente Convenção **deverão ser determinadas com flexibilidade, levando em conta as condições próprias de cada país.** (grifo nosso)

O Congresso Nacional levou em consideração outro fator que justificou a demora para ratificar a C169, qual seja a denominação de “povos” como se fossem os índios diferentes do “povo brasileiro”. A leitura errônea da C169 levantou rumores dentro do Congresso Nacional no que diz respeito a uma possível desintegração do Estado, devido a conotação do termo “povo” com os direitos de autodeterminação.

Mesmo que esses povos sejam reconhecidos e consequentemente possuam certo grau de autonomia na sua forma de autodeterminação interna, a Convenção não dá margem para o direito de autodeterminação como forma de direitos de secessão.

### 3.6 A hierarquia da convenção 169 no brasil.

Os tratados internacionais, segundo a Constituição brasileira têm força hierárquica infraconstitucional, equiparando-se às leis ordinárias. A constituição determina

também que os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem aqueles estabelecidos em tratados internacionais que o Brasil tenha sido parte.

No entanto, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, tem hierarquia superior à lei ordinária, segundo entendimento exposto pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no voto do Ministro Gilmar Mendes em julgamento de Recurso extraordinário nº 466.343-1.<sup>73</sup>

A tendência normativa que confere aos tratados internacionais sobre direitos humanos o caráter de norma constitucional se divide em duas correntes. A primeira adota a tese da “supralegalidade” e a segunda, a do “bloco constitucional”.

A corrente que defende a tese da supralegalidade perdeu força através da emenda constitucional 45/2004<sup>74</sup>, uma vez que os tratados relativos a direitos humanos foram equiparados às emendas constitucionais diante da cláusula de equivalência contida no § 3º do art. 5º da Constituição federal, desde que respeitado o rito procedimental em seu processo de aprovação concernente à respectiva emenda constitucional.

Cançado Trindade em sua obra se manifestou da seguinte maneira:

importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e a cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seus artigo 27 determina que nenhum Estado pactuante pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.<sup>75</sup>

Gilmar Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao proferir seu voto no julgamento do RE 466.343 manifestou-se da seguinte maneira quanto a tese de supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil:

Os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico.

<sup>73</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2E+NUMERO%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/ax2k326>>. Acesso em: 8 abr. 2015.

<sup>74</sup> BRASIL. Emenda Constitucional 45/2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

<sup>75</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Volume III. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 85.

Equiparar-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Ocorre que, na prática, de acordo com a tese de suprallegalidade, caso haja conflito de norma constitucional e norma internacional, o dispositivo constitucional não é revogado, mas passa a não ser aplicável por causa do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que regula a matéria.

Flávia Piovesan defende esta tese. Vejamos:

enquanto tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §§ 1º e 2º da CF – apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa. No que se refere à incorporação automática, diversamente dos tratados tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos irradiam efeitos concomitantemente na ordem jurídica internacional e nacional, a partir do ato de ratificação. Não é necessária a produção de ato normativo que reproduza no ordenamento jurídico nacional o conteúdo do tratado, pois sua incorporação é automática, segundo os termos do art. 5º, § 1º, que consagra o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.<sup>76</sup>

Quanto a esta tese do “bloco constitucional”, pode-se dizer que esta equipara a força dos tratados internacionais sobre direitos humanos à Emenda Constitucional nº 45/2004.

Esta foi a tese defendida pelo Ministro do STF Celso de Mello no julgamento de Habeas Corpus nº 87585-8/2008, onde afirmou que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, passam fazer parte do bloco de constitucionalidade. Veja:

Explico-me, que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas desses tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos princípios e valores nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda

<sup>76</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 27.

Constitucional 45/2004 não são meras leis ordinárias, pois tem a hierarquia de advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.<sup>77</sup>

O resultado da formação do dito bloco constitucional é a ampliação do núcleo mínimo da norma que define direitos e garantias constitucionais, ao adicionar novos princípios equivalentes às próprias normas constitucionais, como se tivessem sido editadas no momento da Constituinte nacional, e ainda servem como parâmetro do controle de constitucionalidade.

Seja qual for a tese assumida pelo STF (supralegalidade ou bloco constitucional), a aplicação do tratado, para o direito internacional, deve respeitar ao princípio da boa-fé, conforme art. 26 da Convenção de Viena, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2009, segundo o qual um Estado não pode utilizar qualquer argumento sobre legislação interna de forma a se eximir de suas responsabilidade no âmbito do direito internacional.

### **3.7 Os sujeitos da convenção 169 da OIT.**

A C169 se aplica aos “povos” indígenas/tribais que se encontram em países independentes, diferentemente de “populações” que pode dar a entender um conjunto de indivíduos que não necessariamente possuem laços culturais entre si, logo o conceito “povo” nos ditames da C169, traz a idéia de pertencer a uma sociedade específica e diferenciada. Os “povos” devem ser entendidos, na aplicação da C169, como comunidades que possuem certo grau de autonomia para decidir sua forma de organização política, desenvolvimento social, econômico e cultural.

O critério da distinção cultural para identificar os sujeitos de sua aplicação, foi mantido pela C169, porém não houve a intenção de considerar a idéia de que culturas tribais e indígenas são inferiores ou menos adiantadas que o resto da sociedade. A definição de povos indígenas levou em conta o fato de seus membros serem descendentes dos povos que habitavam o Estado na época do estabelecimento de suas fronteiras,

A Convenção oferece em seu artigo primeiro as definições para identificar os sujeitos a quem deva ser aplicada. Veja:

---

<sup>77</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 87585-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+87585%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+87585%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ah2udpa>>. Acesso em: 8 abr. 2015

Artigo 1º. 1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.<sup>78</sup>

O critério objetivo utilizado para que seja possível realizar a identificação dos sujeitos de aplicação da referida Convenção é a distinção de um grupo com o resto da sociedade, enquanto o critério subjetivo utilizado é a autoidentificação, que consiste na vontade do grupo ser e permanecer distinto do resto da sociedade em decorrência do exercício da autodeterminação.

A Constituição de 1988 reconheceu direitos coletivos específicos tanto aos povos indígenas quanto aos quilombolas (comunidades afrobrasileiras descendentes de quilombos), apesar de não ter se utilizado do termo “povos”.

Ocorre que, o Estado brasileiro nunca informou à OIT a situação das comunidades quilombolas por mais que os termos da C169 tenha guiado a legislação infraconstitucional a regular o status dessas comunidades, o que se comprova diante do relatório apresentado em junto à OIT em 2008.

Em que pese o relatório anual apresentado pelo Estado brasileiro não haver citado a situação das comunidades quilombolas, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sob relatoria da Desembargadora Luz Leira, se manifestou no sentido de que a C169 é completamente aplicável aos quilombolas, porque estão incluídos na disposição do art. 1.1. ‘a’ como “povos tribais”.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> OIT, *Convenção 169*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

<sup>79</sup> BRASIL, *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Agravo de instrumento nº2008.04.00.01011605/PR. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=2008.04.0](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=2008.04.0)>

O Estado brasileiro, por meio do Decreto nº 6.040, outorgou status jurídico às “comunidades tradicionais”, que são definidos da seguinte maneira:

Grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição de sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.<sup>80</sup>

Há, contudo, uma diferença entre os critérios estabelecidos para identificar os povos indígenas e quilombolas das comunidades tradicionais. O Decreto 6.040 não estabelece que seu sujeito tenha ocupação no território brasileiro anterior à existência do Estado, nem que tenha passado pelo processo de libertação da escravidão.

As comunidades tradicionais estão incluídas na aplicação da C169, pois esta não se utiliza de critérios históricos, mas sim, sociais e econômicos. Deve-se levar em conta critérios objetivos e subjetivos anteriormente citados, quais sejam: distinção do grupo com o resto da sociedade, e a autoidentificação.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, reconheceu a diferenciação das comunidades tradicionais ao se manifestar através do voto da Desembargadora Selene Maria de Almeida. Veja:

Os ribeirinhos são... a população rural fluvial. É uma população com traços indígenas. Habitam em pequenas comunidades relativamente isoladas. A estrutura social de suas famílias se sobrepõe ao sistema formal de representação política. O principal meio de transporte são pequenas canoas de madeira. ... Essa população mestiça não é mais índio, mas também não se integra a sociedade nacional.<sup>81</sup>

O Estado brasileiro reconheceu que as comunidades tradicionais merecem legislação especial para proteger sua situação específica, por corroborar que está presente nessas comunidades o grau de diferenciação social exigido pela C169.

---

0.010160-

5&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&txtDataFase=01/01/1970&hdnRefId=d43e3fae4549c46f3b2a5fdff77436f0&txtPalavraGerada=rwdt.>. Acesso em: 8 abr. 2015.

<sup>80</sup> BRASIL, *Decreto nº 6.040*. art. 3º. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

<sup>81</sup> BRASIL, *Tribunal Regional da 1ª Região*. Agravo de instrumento nº 2006.01.00.017736-8/PA. Disponível em: <[http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\\_captcha\\_id=ede85cd0b6e1f85b2d14dbd4ac264263&trf1\\_captcha=sz4h&enviar=Pesquisar&proc=200601000177368&secao=TRF1](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=ede85cd0b6e1f85b2d14dbd4ac264263&trf1_captcha=sz4h&enviar=Pesquisar&proc=200601000177368&secao=TRF1)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

### 3.8 A consulta prévia

Durante o processo de revisão parcial da C107, a OIT reconheceu que grande parte dos problemas enfrentados pelos povos indígenas e tribais de todo o mundo se devia ao fato de serem excluídos da tomada de decisão sobre o seu modelo de desenvolvimento.

No entanto, na data da revisão da C107, a OIT se posicionou no sentido de que a garantia de participação dos povos indígenas e tribais no processo de desenvolvimento deveria ser o elemento principal da C169, e estabeleceu que antes de decidir sobre medidas administrativas e legislativas, os Estados deveriam consultar os povos indígenas e tribais, naquilo que poderia eventualmente lhes afetar.

O mecanismo de consulta permite o diálogo nas relações entre os governos, os povos indígenas e tribais e é considerado pela OIT a “pedra de toque” da C169.

Durante a revisão da C107, o princípio da participação foi tomado como prioridade pela OIT, portanto o incluiu no artigo 6º da C169, definindo como política geral desta convenção o dever de consultar os povos indígenas e tribais de determinado Estado. Veja:

consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, por meio de suas instituições representativas, sempre que as tenham em vista medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-los diretamente.<sup>82</sup>

Diante da inclusão do princípio da participação como política geral da C169, o art. 7º, protege o direito dos povos indígenas e tribais de decidir suas prioridades no seu processo de desenvolvimento. Veja:

a melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação desses povos, deverá, *com sua participação e cooperação*, ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões que habitam. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões deverão também ser elaborados de forma a promover esta melhoria.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> OIT, *Convenção 169*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

<sup>83</sup> *Ibidem*.



Pela leitura do texto da C169, entende-se que o princípio da participação assume uma posição central quanto à sua aplicabilidade, pois a aplicação de seus demais dispositivos, gira em torno de seu artigo 6º. A consulta é o instrumento utilizado para institucionalizar o diálogo, assegurar processos de desenvolvimento inclusivos e prevenir e resolver conflitos.

A OIT entendeu que seria necessário reforçar o princípio da consulta e da participação nas medidas estatais apesar de já constarem das disposições gerais da convenção, caso essas medidas apresentassem alto grau de risco para a integridade das terras e cultura indígenas e tribais.

Diante da análise de legislações domésticas sobre direitos indígenas em diferentes países, a OIT concluiu que os povos indígenas possuíam algum grau de participação nos projetos executados em suas terras, porém, quando esses projetos estavam relacionados à extração de recursos minerais, florestais ou instalações hidroelétricas, o resultado era o deslocamento territorial forçado dos povos.<sup>84</sup>

Por este motivo a OIT incluiu o artigo 15 na Convenção, que diz que a consulta deve ocorrer antes de os poderes estatais iniciarem algum empreendimento ou autorizarem qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos que se encontram em terras indígenas.

Contudo, conclui-se que o dever de consulta previsto pela C169 é um mecanismo que permite aos povos indígenas participarem do processo de desenvolvimento nacional, situação que há de ser promovida pelo Estado. As partes de um processo de consulta são os governos e os povos indígenas e tribais, e não podem ser transferidos à terceiros pois consiste numa obrigação governamental e não de pessoas ou empresas privadas.

### *3.8.1 A consulta na constituição brasileira.*

Quando se trata de aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas, bem como a pesquisa e a lavra dos minérios nessas terras, a Constituição brasileira estabelece que só poderá ser procedida mediante autorização do Congresso Nacional, nos termos do § 3º do

---

<sup>84</sup> FIGUEROA, Isabela. *A convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais*. São Paulo: ISA. 2009. p. 34.

artigo 231. É de competência exclusiva do Congresso Nacional a realização de consulta aos povos indígenas potencialmente afetados antes de começar o empreendimento, pois só ele tem o poder de autorizar a obra.

Não há em nenhum outro artigo da Constituição Federal o dever expresso do Estado brasileiro consultar os povos indígenas. A jurisprudência brasileira já assentou que a consulta prévia prevista na Constituição deve ocorrer antes de que seja decidida a execução de um projeto.<sup>85</sup> Apesar da disposição constitucional, o ideal é o Estado estabelecer relações de diálogo com os povos interessados o mais cedo possível, inclusive na elaboração de estudos de impacto ambiental.

Não há de se confundir a consulta prevista no § 3º do artigo 231 da Constituição com o dever de consulta previsto pela C169. A consulta prevista no texto da Constituição, diz respeito à competência do Senado Federal, enquanto a consulta prevista na C169 pode ser feita por órgão estatal que representa interesses indígenas, entre outros que tratem de matérias correlatas aos Direitos indígenas.

Os povos indígenas têm o direito de participar em todos os níveis de tomadas de decisões relativo à atos do Poder Público, tenham os povos concordado ou não com a proposta. De outro modo, a participação dos povos indígenas e tribais por meio da consulta na tomada de decisões não pode ser restrito por discriminação sob o argumento de que não são titulares da terra onde habitam ou que carecem de status legal que o definam como povo indígena.

Os direitos possessórios dos povos indígenas e tribais são exercidos de forma coletiva, na modalidade de usufruto e administração do território. A C169, afirma o dever dos Estados de reconhecer a estes povos os direitos de propriedade e posse da terra que ocupam tradicionalmente e adotar medidas de modo a garantir o direito desses povos utilizar as terras que não sejam exclusivamente ocupadas por ele, mas às quais tenham tido, tradicionalmente, acesso para suas atividades de subsistência.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> BRASIL, *Tribunal Regional da 1 Região*. Agravo de instrumento nº 2006.01.00.017736-8/PA. Disponível em: <[http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\\_captcha\\_id=ede85cd0b6e1f85b2d14dbd4ac264263&trf1\\_captcha=sz4h&enviar=Pesquisar&proc=200601000177368&secao=TRF1](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=ede85cd0b6e1f85b2d14dbd4ac264263&trf1_captcha=sz4h&enviar=Pesquisar&proc=200601000177368&secao=TRF1)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

<sup>86</sup> OIT, *Convenção 169*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

O artigo 15 da C169 estabelece que os Estados devem proteger de forma especial o direito dos povos indígenas e tribais aos recursos naturais existentes em suas terras. Esses direitos abrangem o direito desses povos de participarem da utilização, administração e conservação desses recursos, como forma de proteger plenamente a relação possessória que os povos indígenas e tribais exercem sobre seus territórios.<sup>87</sup>

A proteção conferida pelo artigo 15 da C169 se aplica a totalidade do habitat das regiões que esses povos ocupam ou utilizam de algum modo, e não apenas àquelas terras sobre as quais os povos indígenas possuem posse permanente ou exclusiva.<sup>88</sup>

Os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vista a consultar os povos, para definir até que ponto seus interesses seriam prejudicados, antes de empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes em suas terras todas as vezes que os recursos se encontrarem no subsolo das terras que são propriedade do Estado.

Os artigos 1º e 6º da C169 apresentam dois requisitos básicos que hão de ser observados para definir se há ou não o dever de um Estado realizar a consulta. O artigo 1º identifica o sujeito cuja Convenção se aplica, e o artigo 6º expõe as circunstâncias as quais requerem o dever de consulta. Quando presentes os requisitos de ambos os artigos, configura-se a obrigação de consultar os povos indígenas e tribais.

Ademais, o artigo 3º estabelece que os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação, portanto os Estados não podem restringir o processo de consulta ao estabelecer um requisito que não é requerido pela Convenção.<sup>89</sup>

### 3.8.2 *O dever de oferecer condições propícias de diálogo e a questão do consentimento.*

A Comissão de Peritos da OIT define a consulta como um “processo”, conceito que dá o entender de continuidade no tempo. No entanto, consulta há de ser entendido

<sup>87</sup> FIGUEROA, Isabela. *A convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais*. São Paulo: ISA. 2009. p. 38.

<sup>88</sup> Ibidem.

<sup>89</sup> OIT, *Convenção 169*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

com um processo que permite a troca verdadeira de informações básicas e necessárias entre governos e os povos potencialmente afetados e que deve durar o tempo necessário para que exista, minimamente, a possibilidade das partes alcançarem um acordo sobre a medida em comento.

O processo de consulta não pode ser resumido a um mero requisito de formalidade, mas sim, oferecer oportunidades reais para que os povos influenciem diretamente seu resultado. Conforme o artigo 6º, repetidamente citado, o processo de consulta deve oferecer condições propícias para poder chegar a um acordo ou lograr o consentimento sobre as medidas propostas, independentemente do resultado alcançado.

Contudo, o Relator Especial da ONU, em 2003, salientou que o consentimento livre, prévio e informado dos povos afetados por grandes projetos de desenvolvimento é condição fundamental à execução dos mesmos. No ano de 2007 a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso dos povos Saramaka no Suriname, entendeu que o Estado tem obrigação de obter o consentimento dos povos afetados antes de autorizar a execução de um projeto de desenvolvimento nacional que possa afetar de maneira irreversível os direitos territoriais do povo Saramaka.<sup>90</sup>

A consulta configura-se como um procedimento administrativo com o intuito de promover o diálogo entre os governos e os povos, contudo consiste em um dever discricionário e restritivo do Estado, de modo a preferir o diálogo à tomadas de decisões unilaterais. Com esse conceito é possível entender a consulta como um indicativo de seu êxito, mas não de sua legitimidade, caso este que se aplica perfeitamente aos empreendimentos de infraestruturas realizados pelo governo brasileiro.

Se algum projeto estatal de caráter desenvolvimentista afeta povos nativos de determinada região, por mais que não afete seu direito de posse à terra, a falta de consentimento na consulta realizada gera para o Estado o ônus de justificar o projeto, de modo a garantir que os povos afetados participem de seus benefícios e que sejam tomadas medidas destinadas a diminuir seus efeitos negativos.

---

<sup>90</sup> CIDH, *Povo Saramaka vs. Suriname*. Sentença, 28 de novembro de 2007, par. 137. apud FIGUEROA, Isabela. *A convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais*. São Paulo: ISA. 2009. p. 38.

Contudo, percebe-se que o dever de consulta não requer o consentimento como condição à sua legitimidade, mas caso o projeto afete os direitos inerentes aos povos indígenas de forma nociva, o consentimento destes povos se faz necessário. Isto se dá não para conferir legitimidade ao processo de consulta, mas para legitimar a medida a ser tomada pelo governo.<sup>91</sup>

### 3.9 A legislação quilombola.

Além dos projetos de lei que seguem tramitando no Congresso Nacional sem haver a consulta prévia, livre e informada aos povos afetados, o Estado já aprovou e colocou em vigência leis que afetam diretamente comunidades indígenas e quilombolas, como o exemplo do Decreto nº 4.887 de 2003,<sup>92</sup> que regula os procedimentos de titulação dos territórios quilombolas.

Em abril de 2008, a Advocacia Geral da União realizou em Luziânia (GO), uma reunião com cerca de 300 membros de diferentes comunidades quilombolas para apresentar a minuta da Instrução Normativa do Incra, a qual regula o procedimento de titulação dos territórios quilombolas. Nesta ocasião os povos quilombolas manifestaram à OIT o seguinte:

Não foram garantidas as condições para que os quilombolas se inteirassem do conteúdo da nova forma.

A deliberação ocorreu rapidamente, e sob pressão, no mesmo evento em que a minuta foi apresentada aos interessados.<sup>93</sup>

Não houve a demonstração por parte do Estado brasileiro, em dispor sobre um acordo comum, ao restringir o debate unicamente à sua minuta, sem dar oportunidade para alterações relevantes em função da vontade e necessidade dos povos quilombolas.

A instrução normativa do Incra está em vigor e a OIT foi informada sobre esta violação ao artigo 6º da C169 por meio do Relatório Alternativo, patrocinado pela Central Única dos Trabalhadores e entregue à OIT em 2008.<sup>94</sup>

<sup>91</sup> FIGUEROA, Isabela. *A convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais*. São Paulo: ISA. 2009. p. 43.

<sup>92</sup> BRASIL, *Decreto 4.887 de 21 de novembro de 2003*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/d4887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm)>. Acesso em 8 abr. 2015.

<sup>93</sup> FIGUEROA, Isabela. *A convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais*. São Paulo: ISA. 2009. p. 45.

### **3.10 O projeto de lei sobre mineração em terras indígenas.**

O Senador Romero Jucá (PMDB) apresentou em 1995 ao Senado Federal um projeto de Lei sobre exploração de recursos minerais em terras indígenas, o qual se encontrava parado desde então, tendo o atual Presidente da Câmara dos Deputados, criado comissão especial para proferir parecer ao referido projeto.<sup>95</sup>

Não houve a participação indígena em nenhuma das fases de elaboração do projeto, em que pese as diversas manifestações sobre problemas ambientais, sociais e legais que esta lei pode causar. Em junho de 2008, a Câmara dos Deputados realizou audiências públicas em Brasília por meio de uma comissão criada para este fim, porém as audiências contaram com a participação de especialistas em temas de mineração, e alguns poucos representantes indígenas, que advertiram sobre a necessidade de que a Comissão consultasse representantes indígenas de todos o país, o que não foi atendido.

Após o relatório final do Projeto de Lei apresentado pela Comissão Especial, a Deputada Perpetua Almeida requereu à Comissão que a consulta atendesse ao disposto no artigo 6º da C169, porém seu pedido restou negado pelo Presidente da Comissão por considerá-lo intempestivo, pois a fase de instrução do Projeto já se encontrava concluído.

É de fundamental importância que o Estado permita a participação dos povos indígenas, por meio da consulta, para que possam influenciar seu resultado de forma efetiva, nos moldes da C169, de modo a evitar que estes povos sejam diretamente afetados, bem como seus territórios, e conseqüentemente, seus recursos naturais e sua sobrevivência.

### **3.11 A regulamentação da OIT 169 no ordenamento jurídico brasileiro.**

Sabe-se que, hodiernamente, os tratados internacionais ratificados por um Estado Soberano passam a vigorar como norma interna. Ocorre que, como toda lei editada pelo

---

<sup>94</sup> Ibidem.

<sup>95</sup> BRASIL, *Câmara dos Deputados*. 2015. Disponível em: <  
[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=332BD47319F9FE9DA5F605F2897430D9.proposicoesWeb2?codteor=1307944&filename=Tramitacao-PL+1610/1996](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=332BD47319F9FE9DA5F605F2897430D9.proposicoesWeb2?codteor=1307944&filename=Tramitacao-PL+1610/1996)>.

Estado, está presente a *vacatio legis*, que consiste no tempo necessário para o Estado criar seu aparato interno de modo que a lei seja aplicada de maneira adequada e eficaz.

Com os tratados internacionais não é diferente, uma vez que o Estado, ao ratificar a norma internacional, precisa criar meios para que se aplique internamente, pois estes adquirem caráter legal. Este meio para se aplicar a norma internacional é chamado de “regulamentação”, e depende da atuação da máquina estatal para efetivar o conteúdo da norma e fazer como que gere os efeitos pretendidos no momento da declaração de vontade perante o organismo internacional ou Estado soberano.

No caso da C169, o Brasil manifestou seu interesse em aderir seus termos perante a Organização Internacional do Trabalho. Trata-se de um acordo multilateral que versa sobre direitos humanos, conferindo então uma obrigatoriedade de sua aplicação imediata, em função do caráter de direitos fundamentais tutelados face à Constituição brasileira, especificamente no § 1º do art. 5º.

O Brasil incorporou a Convenção 169 da OIT ao sistema jurídico doméstico por meio do Decreto Legislativo N. 143/20002, de 20.06.2012, sancionado pela Presidência da República através do Decreto N. 5.051/2004, de 19.04.2004. Importa salientar que a dita Convenção é dotada de status formalmente constitucional, ou seja, se equipara por arrasto à uma norma constitucional diante de seu conteúdo fundamental, portanto segundo a Doutrina prevalente possui aplicabilidade imediata.

Ocorre que desde a promulgação do Decreto 5.051/04 não houve sua aplicação imediata porque o Estado não criou meios para tal. Não se levou em conta a consulta livre, prévia e informada aos povos indígenas e tribais na realização de empreendimentos que os afetasse de alguma maneira, e não foram poucos.

A grave situação instalada pelo fato da falta de regulamentação da C169 e violação direta aos Direitos indígenas ao longo de nosso vasto território nacional levou o Governo Federal criar um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) em janeiro de 2012 sob coordenação do Ministério das Relações Exteriores (MRE) e da Secretaria-Geral da Presidência da República.

Desde que o Governo Federal anunciou sua intenção de regulamentar a C169, os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais têm discutido e refletido, através de

suas lideranças e entidades representativas, bem como as organizações da sociedade civil acerca dos desafios que envolvem a criação deste marco legal.

Foi proposto pelo governo a realização de uma “Oficina com a sociedade civil sobre o processo de regulamentação da consulta prévia – Convenção 169 da OIT” – em agosto de 2012 em Brasília, com o fito de construir conjuntamente a contribuição e participação da sociedade civil organizada no processo de regulamentação da consulta.

Ocorre que este processo se caracterizou pela ausência de participação dos próprios povos indígenas e tradicionais protegidos pela C169 e ficou bastante claro que tinha por objetivos a realização de um “balanço geral” dos passos tomados até então para a regulamentação da Convenção, a discussão sobre um texto orientador do processo de regulamentação, além de medidas futuras.

Na oficina com a sociedade civil sobre o processo de regulamentação da consulta prévia prevista na C169, o governo convidou 32 ONG’s, sendo algumas delas internacionais, além do Grupo de Trabalho interministerial respectivo. Como argumento, o Governo Federal justificou que realizou o processo participativo para a regulamentação da C169 ao citar a realização de duas reuniões informativas com lideranças indígenas, sendo uma no Parque do Xingu, localizado no Pará e outra na cidade de Tabatinga, no estado do Amazonas.

No entanto, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), como entidade representativa dos povos indígenas esclareceu que o processo participativo, mesmo com a realização de algumas reuniões isoladas e informais com alguns povos e comunidades, não tem realmente ocorrido, segundo o princípio da boa-fé contido na própria C169.

Ressaltou, de igual modo, que o governo insistia em prosseguir com a regulamentação, apesar das sucessivas afrontas aos termos da C169, no que diz respeito à consulta livre, prévia e informada, através de instrumentos jurídicos e administrativos que negam de forma absurda esse direito, e serve como exemplo a edição da portaria nº 303/2012, pela Advocacia Geral da União.

Não há como negar que a referida Portaria editada pela AGU se contrapõe e ofende a C169, ao permitir a instalação de grandes empreendimentos em terras indígenas e tribais sem nenhuma consulta aos povos que ali habitam. Não se mostra aceitável, nem tampouco razoável anuir com um processo de regulamentação de um tratado internacional de tamanho grau de importância e constar, em nosso ordenamento jurídico uma portaria como esta em vigor.



Não bastasse este fato, a matéria regulada pela Portaria nº 303/2012 incrementa a alteração na demarcação de terras indígenas, ferindo frontalmente o disposto no art. 231 da Constituição Federal. Desta forma não há garantia alguma do cumprimento dos efeitos pretendidos com a assinatura da C169 através de seu processo de regulamentação realizado pelo Governo Federal. Exemplo disso é a construção das hidrelétricas nos rios Xingu, Teles Pires e Tapajós, todos localizados na Amazônia paraense.

Raul Valle, Assessor Jurídico do Instituto Socioambiental, ao se manifestar sobre a edição da portaria nº 303/2012 pela Advocacia Geral da União, mencionou o seguinte:

O maior problema da **Portaria 303** é que ela restringe o direito de uso dos índios sobre as terras já demarcadas. Como o governo reconhece o mínimo de terras indígenas possíveis, tenta restringir o uso das terras e utilizar os recursos delas. A portaria surge com esta proposta: a de restringir o direito de uso e de soberania. Os índios passam a ter a terra, mas com uma série de limitações. Em muitas hipóteses, terceiros poderão utilizar os recursos que estão disponíveis nessas terras, sem necessidade de consultar os povos indígenas. Na área de direitos indígenas, assim como na área de direito ambiental, estaremos dando um grande passo para trás no reconhecimento de direitos dessas minorias. Esta portaria já está sendo comemorada pela Confederação Nacional de Agricultura e pelos setores mais conservadores do Brasil, que estão aplaudindo a decisão da AGU.<sup>96</sup>

Não foi por falta de aviso de postura política que os movimentos indígenas e indigenistas demonstram sua falta de contentamento para com o processo de consulta realizado pelo Estado brasileiro. Na carta final do IX Acampamento Terra Livre dos Povos Indígenas, ocorrido em julho de 2012, durante a Cúpula dos povos, no Rio de Janeiro, os povos expuseram sua opinião, sobre a situação do processo de consulta. Veja:

Exigimos a garantia do direito à consulta e consentimento livre, prévio e informado, de cada povo indígena, em respeito à Convenção 169 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, de acordo com a especificidade de cada povo, seguindo rigorosamente os princípios da boa-fé e do caráter vinculante desta convenção. Precisamos que seja respeitado e fortalecido o tecido institucional de cada um de nossos povos, para dispor de mecanismos próprios

---

<sup>96</sup> UNISINOS. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/522418-convencao-169-e-a-regulamentacao-da-consulta-previa>>. acesso em: 8 abr. 2015.

de deliberação e representação capazes de participar do processo de consultas com a frente estatal.<sup>97</sup>

Diante desta insatisfação os povos indígenas se mobilizaram e reivindicaram a revogação desta portaria, como condição fundamental para que continuassem fazendo parte do processo de regulamentação do processo de consulta da C169. A portaria encontra-se suspensa, pois o Procurador Geral da AGU determinou a análise e adequação do seu conteúdo de acordo com o decidido no julgamento do caso Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale ressaltar, que durante este embate sobre a tarefa de regulamentação da C169, o Presidente da Câmara dos Deputados à época, membro do partido do governo, o Partido dos Trabalhadores, Marco Maia, ressucitou a Comissão Especial do Projeto de Lei 1610/96, que dispõe sobre a mineração em terras indígenas. Projeto que afronta de igual modo a autonomia dos povos indígenas e o direito à consulta previsto no § 3º do artigo 231 da Constituição Federal, bem como a Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas.

Portanto é notório a postura estatal quanto à questão do dever de consulta aos povos indígenas e tribais e a pretensão de sua regulamentação, fato este que justifica a posição das entidades que representam os índios e seus direitos frente aos poderes públicos ao não aceitarem os termos propostos para o processo de regulamentação da C169.

As entidades indígenas e indigenistas repudiaram a atitude da Secretaria Geral da Presidência da República ao se utilizar de artimanhas para tentar descaracterizar as organizações do movimento indígena e enfraquecer o próprio órgão indigenista, ao contrariar a idéia de fortalecimento das instituições de modo a atender o anseio de nossos povos indígenas e tribais.

Não se deve admitir a regulamentação da C169 diante do argumento da urgência de viabilizar grandes obras do Programa de Aceleração do Crescimento II (PAC II), como por exemplo a construção das Usinas Hidrelétricas de Belo Monte e de Tapajós, ou apenas para responder às exigências da OIT e da Organização das Nações Unidas.

Passaram-se 11 anos desde que a C169 se incorporou ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº 5.051/2004 porém seus efeitos não são visíveis, pois não houve

---

<sup>97</sup> UNISINOS. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/522418-convencao-169-e-a-regulamentacao-da-consulta-previa>>. acesso em: 8 abr. 2015.

aplicabilidade da norma em respeito aos direitos constitucionais conferidos aos povos indígenas e tribais.

Com efeito, diante deste impasse entre o Poder Público e as entidades representativas dos povos e direitos indígenas, a falta de regulamentação da C169 tem afetado os povos indígenas e tribais brasileiros e continua, uma vez que os termos de regulamentação proposto pelos órgãos públicos competentes não respeita o princípio da boa-fé, e não constituem legitimamente uma consulta livre, prévia e informada.

A falta de regulamentação da C169, mesmo depois de 10 anos de vigência no nosso ordenamento jurídico, configura inconstitucionalidade por omissão. Tal inconstitucionalidade se faz presente por falta de ação da administração pública brasileira no intuito de tornar efetivo os termos da C169.

A inércia, a falta de preocupação e interesse com os direitos indígenas e comunidades tradicionais de nosso país, através da falta de regulamentação da C169, viola frontalmente a Constituição Federal, por não criar meios adequados de fazer valer a proteção dos sujeitos de direitos previstos na respectiva Convenção.

José Afonso da Silva, ao definir inconstitucionalidade por omissão, diz:

Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática.<sup>98</sup>

A Consituição ao prever as consequências da decretação da inconstitucionalidade por omissão, o fez de maneira simplória. Apenas dispôs em seu § 2º do artigo 103 que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.<sup>99</sup>

Impossível realizar a regulamentação de uma convenção que dispõe sobre direitos humanos no território brasileiro, no prazo de 30 dias, uma vez que o Poder Público se manteve inerte pelo período de 10 anos. Foram anos de imenso desrespeito às populações

---

<sup>98</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo. Malheiros. 2013. p. 49.

<sup>99</sup> Ibidem.

originárias de nosso país, e patente violação à ordem jurídica constitucional e internacional. O Poder Público, mais uma vez, mostra sua faceta discriminatória e demonstra que o Estado brasileiro caminha em sentido oposto à efetivação da cidadania plena.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como intuito analisar a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e informar a atuação do Estado brasileiro para efetivar os termos deste acordo internacional desde sua ratificação. O objeto do tratado analisado versa sobre a tutela dos direitos indígenas e populações tradicionais e foi promulgado pelo Decreto 5.051/2004. O referido tratado, por tratar de direitos humanos, incorporou-se ao nosso ordenamento jurídico com o mesmo status de emenda à Constituição em virtude do advento da emenda constitucional 45/2004.

No primeiro capítulo a Convenção de Viena serviu como tema de abordagem pois trata de regulamentar a forma pela qual são firmados acordos internacionais entre sujeitos de direito internacional e define as obrigações e deveres dos Estados aderentes. O Brasil ratificou esta Convenção em 2009.

Esta pesquisa, em seu segundo capítulo, tratou de igual modo, das disposições constitucionais brasileiras sobre povos indígenas. O capítulo da Constituição Federal que trata dos direitos indígenas é de vital importância para esta pesquisa pois serve como norma analítica posta em confronto com a Convenção 169 da OIT, a qual versa sobre o dever de consulta aos povos indígenas e tribais pelos Estados quando se tratar de algum ato normativo ou algum empreendimento a ser realizado em suas terras ou nas proximidades que afete estes povos de alguma maneira.

Tendo em vista a análise das disposições constitucionais brasileiras sobre os direitos indígenas, é necessário trazer ao corpo desta pesquisa o desenvolvimento do direito ao meio ambiente. A Convenção de Estocolmo serviu como base para demonstrar o aumento da preocupação mundial com o meio ambiente e suas proposições necessitam ser postas como diretrizes a serem seguidas para que se consiga atingir um meio ambiente equilibrado para a sociedade presente e as gerações futuras em nosso planeta.

A pesquisa sobre os tratados em matéria ambiental foi incluso no mesmo capítulo das disposições constitucionais indígenas pelo simples fato de haver uma correlação direta entre o local onde habitam os povos indígenas e tribais e a necessidade de se preservar o meio ambiente de modo a mantê-lo sadio à todos seres humanos que dele dependem, seja direta, ou indiretamente.

É sabido que estes povos dependem diretamente da natureza para sobreviverem, no entanto o meio ambiente é onde praticam e conservam sua cultura, religião, seus costumes, suas crenças e sua forma de organização social de maneira peculiar aos cidadãos que habitam os centros urbanos. Os povos indígenas e tribais devem ser respeitados diante da sua diferença e serem tratados de maneira igualitária quanto à sua condição humana, e a única forma de se alcançar esses objetivos é deixá-los desfrutar de um meio ambiente sadio e equilibrado.

O terceiro e último capítulo tratou de analisar os termos da Convenção 169 da OIT. Esta Convenção, como já dito, versa sobre o dever de Consulta dos Estados aos seus povos indígenas e tribais, sempre que algum ato normativo ou algum empreendimento a ser realizado, mesmo sob o pretexto de desenvolvimento ou infraestrutura, resulte em prejuízos à esse povos.

Esta Convenção tem como ponto principal a consulta livre, prévia e informada aos povos indígenas e tribais, como forma de proteger suas vidas, culturas e população. É dever do Poder Público promover condições suficientes para que esta consulta seja eficaz e seu alcance seja real. O embate entre esses povos tutelados pela Convenção 169 e o Poder Público se faz presente ao longo de nossa história.

A Convenção 169, por se tratar de uma norma jurídica internacional, foi ratificada pelo Estado brasileiro e se incorporou ao nosso ordenamento jurídico com o caráter de norma supralegal porém configura um direito fundamental, portanto pode ser considerada norma constitucional por arrasto e hoje faz parte do chamado bloco constitucional. Não está prevista no texto da Constituição Federal redigida pelo Poder Constituinte originário, mas integra este texto normativo, segundo disposto no §§ 1º e 2º do artigo 5º.

Ocorre que esta Convenção está vigente em nosso ordenamento jurídico desde 2004, porém carece de regulamentação. A C169 é válida, porém não gera efeitos face à sua falta de regulamentação pelo Poder Público. Diversos são os casos de violação aos direitos indígenas e tribais desde sua promulgação. Até a presente data, não houve avanço significativo no sentido de viabilizar esta consulta, pois o Poder Público, por omissão própria, não criou meios suficientes para que os termos desta Convenção seja efetivo.

A falta de providências com o intuito de regulamentar a C169 ocorre por conta de uma omissão constitucional. Não bastasse a violação à própria Constituição Federal, constata-se violação à Convenção de Viena, por não se cumprir o acordo ratificado no seio da Organização Internacional do Trabalho.

A ausência de consulta livre, prévia e informada aos povos indígenas e tribais tem causado diversos impactos ambientais negativos à esses povos desde que promulgada a C169, uma vez que empreendimentos foram realizados pelo Governo e houve consequente degradação ambiental para que se concluíssem os projetos de “desenvolvimento”, o que fere o disposto na Conferência de Estocolmo realizada em 1972 na Suécia, e também à ECO92.

A falta de observância à Constituição Federal, à Convenção 169, à Convenção de Viena, à Conferência de Estocolmo e à ECO92 demonstra o caminho percorrido pela política brasileira e corrobora a idéia de que por aqui há falta de respeito à dignidade humana, à política internacional, bem como à sua própria Carta Magna.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). *Constituição da república federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

BRASIL. *Câmara dos Deputados*. 2015. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=332BD47319F9FE9DA5F605F2897430D9.proposicoesWeb2?codteor=1307944&filename=Tramitacao-PL+1610/1996](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=332BD47319F9FE9DA5F605F2897430D9.proposicoesWeb2?codteor=1307944&filename=Tramitacao-PL+1610/1996)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

BRASIL. *Decreto 4.887 de 21 de novembro de 2003*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/d4887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 6.040*. art. 3º. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 7.304 de 22 de setembro de 2010*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7304.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7304.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional 45/2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 87585-8. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+87585%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+87585%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ah2udpa>>. Acesso em: 8 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2k326>>. Acesso em: 8 abr. 2015.

BRASIL. *Tribunal Regional da 1 Região*. Agravo de instrumento nº 2006.01.00.017736-8/PA. Disponível em: <[http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\\_captcha\\_id=ede85cd0b6e1f85b2d14dbd4ac264263&trf1\\_captcha=sz4h&enviar=Pesquisar&proc=200601000177368&secao=TRF1](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=ede85cd0b6e1f85b2d14dbd4ac264263&trf1_captcha=sz4h&enviar=Pesquisar&proc=200601000177368&secao=TRF1)>. Acesso em: 8 abr. 2015.



BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Agravo de instrumento nº2008.04.00.01011605/PR. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=2008.04.00.010160-5&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&txtDataFase=01/01/1970&hdnRefId=d43e3fae4549c46f3b2a5fdff77436f0&txtPalavraGerada=rwdt.](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=2008.04.00.010160-5&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&txtDataFase=01/01/1970&hdnRefId=d43e3fae4549c46f3b2a5fdff77436f0&txtPalavraGerada=rwdt.)>. Acesso em: 8 abr. 2015.

CANOTILHO J. J. Gomes. MENDES. Gilmar F. SARLET. Ingo W. STRECK. Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FIGUEROA, Isabela. *A convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais*. São Paulo: ISA.

FRAGA. Mitro. *O conflito entre o tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 260

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. São Paulo. Juarez de Oliveira, 2001.

ONU. *Convenção de Viena*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>.

OIT. *Convenção 169*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>.

REZEK. José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Direito Ambiental Internacional*. Thex. Rio de Janeiro. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo. Malheiros. 2013.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergências, obrigações e responsabilidades*. 2ª ed. São Paulo. Atlas Jurídico. 2003.

UNISINOS. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/522418-convencao-169-e-a-regulamentacao-da-consulta-previa>>. Acesso em: 8 abr. 2015.